



# Les précis de la Corpo



L1 Droit – Équipe 3 – Premier semestre

1





# Les précis de la Corpo



2

L1 Droit – Equipe 3 – Premier semestre

# Les précis de la Corpo

L1 Droit – Equipe 3 – Premier semestre



# Les précis de la Corpo



L1 Droit – Équipe 3 – Premier semestre

**Année 2014-2015**



# Les précis de la Corpo



4

L1 Droit – Équipe 3 – Premier semestre

## **Précis L1 Droit – 1<sup>er</sup> semestre – 2014/2015**

Chers étudiants, ça y est, l'année touche à sa fin. Mais pour bien profiter de l'été et éviter les rattrapages, la case des partiels semble inévitable !

Depuis maintenant **80 ans** la **Corpo Assas** accompagne l'étudiant dans tous les domaines de la vie universitaire, et vous propose notamment des **Précis de Droit**. Ces condensés des cours, comportant un point de méthodologie, guideront, encadreront et rythmeront vos révisions des partiels. Ils ne sauraient évidemment se substituer aux exigences universitaires de recherche personnelle.

Effectivement, ces précis sont là pour vous orienter, ils sont faits par des étudiants et ne remplacent pas une présence assidue en cours et en TD ainsi que l'apprentissage régulier et approfondi des différentes matières.

Si jamais il vous venait des questions, n'hésitez pas à nous joindre aux adresses suivantes : [josephine@corpo.fr](mailto:josephine@corpo.fr), [fahed@corpo.fr](mailto:fahed@corpo.fr), [julie@corpo.fr](mailto:julie@corpo.fr), ou tout simplement sur la page du Canard !

### ➤ **Comment valider votre année ?**

Pour les L1 :

Il faut tout d'abord rappeler que toutes vos notes se compensent. Pour valider de la manière la plus simple votre année, il vous faut valider vos quatre blocs (les deux blocs de fondamentaux et les deux blocs de complémentaires). Cependant, le calcul peut s'avérer plus complexe...

Chaque fin de semestre est marquée par des examens qui constituent l'épine dorsale de la validation de votre année. Bon nombre d'autres possibilités vous sont proposées pour engranger un maximum de points et limiter ainsi l'impact de vos partiels. Chacun de vos chargés de TD va vous attribuer une note sur 20 à l'issue du semestre. Vos TD de matières fondamentales comptent donc autant que l'examen écrit, lui aussi noté sur 20. Cet examen



# Les précis de la Corpo



5

## L1 Droit – Equipe 3 – Premier semestre

s'effectue en 3h et nécessite un exercice de rédaction. Sur un semestre, une matière fondamentale peut donc vous rapporter jusqu'à 40 points. Seuls 20 points sont nécessaires à la validation de la matière. Pour valider votre bloc de fondamentales, il vous faut donc obtenir 40 points en additionnant vos notes de TD et vos notes aux partiels. Si toutefois vous n'obtenez pas ces 40 points, vous repasserez en septembre, lors de la session de rattrapage, la ou les matières que vous n'auriez pas validée(s).

Pour les L2 :

Le principe est similaire, à la différence qu'il y a 3 matières fondamentales et 3 matières complémentaires.

**Attention** : le passage par septembre annule votre note de TD obtenue dans la matière.

Conclusion simple : travailler toutes les matières un minimum en mettant l'accent sur les TD et les matières fondamentales (les plus gros coefficients) vous permettra de maximiser vos chances de valider votre année du premier coup et ainsi éviter l'écueil des rattrapages de septembre.

- **Système de compensation et session de septembre**

Si, au sein même des unités d'enseignement, les matières se compensent, les blocs peuvent aussi se compenser entre eux à la fin de l'année. Ainsi, si vous obtenez une moyenne générale sur l'année de 10/20, votre passage est assuré.

En cas d'échec lors des sessions de janvier et de juin, une seconde chance vous est offerte en septembre.

**Attention**, contrairement aux idées reçues, les rattrapages ne sont pas plus faciles, ils sont connus pour être notés plus sévèrement. Toutes les matières des blocs non validés où vous n'avez pas eu la moyenne sont à repasser. S'il s'agit d'une matière à TD, la note de TD est annulée (même si vous avez été défaillant), de sorte que la note obtenue en septembre compte double (8/20 revient à 16/40). Les points d'avance acquis lors de l'année (points au-



# Les précis de la Corpo



6

## L1 Droit – Equipe 3 – Premier semestre

dessus de la moyenne lors de la validation d'un bloc) sont valables après les rattrapages et permettent donc la compensation finale comme décrite précédemment.

A noter que le jury peut vous accorder quelques points pour l'obtention de votre année, notamment dans le cas d'un étudiant sérieux en TD... A bon entendeur !

Pour les L1, le passage en deuxième année peut aussi se faire en conditionnel, pour cela il vous faut valider les deux unités d'enseignement fondamental et une unité d'enseignement complémentaire tout en sachant que l'autre unité complémentaire sera à repasser en L2.



# Les précis de la Corpo



## L1 Droit – Équipe 3 – Premier semestre

### Table des matières

<b>INTRODUCTION AU DROIT CIVIL</b>	9
Les différentes approches du droit	9
Le droit dans son contexte	9
➤ La règle de droit comparé à d'autres règles de vie sociale : La distinction entre les règles de droit et les préceptes religieux	9
➤ Critères d'identification de la règle de droit	10
Le droit comme système	11
➤ L'organisation juridictionnelle	12
Les méthodes du droit	15
➤ Méthodes de classification	15
Méthodes de raisonnement	17
Les sources du droit	19
Sources nationales	19
La loi	19
➤ Définition	19
➤ La hiérarchie formelle des lois	19
➤ Distinction de la loi ordinaire et du règlement	20
➤ L'activité législative en crise : inflation législative, typologie des lois, méthodes d'élaboration des lois	22
➤ Les codifications	23
La jurisprudence	24
➤ Notion	24
➤ Fonctions	25
➤ La Cour de Cassation	26
Les sources informelles	29
La doctrine	29
Sources supranationales	30



# Les précis de la Corpo



## L1 Droit – Équipe 3 – Premier semestre

Traités et accords internationaux .....	30
➤ Primauté des traités et interprétation maximaliste de l' <b>article 55</b> .....	30
L'ordre juridique européen .....	33
La réalisation du droit .....	34
Identification de la loi applicable .....	34
➤ Application de la loi dans l'espace .....	34
➤ Application de la loi dans le temps .....	35
➤ Conflit de la loi dans le temps .....	36
Réalisation judiciaire des droits subjectifs, le droit de la preuve .....	39
La mise en œuvre des droits subjectifs .....	39
Le droit de la preuve .....	40
➤ Objet, charge et risque de la preuve .....	40
➤ Les modes de preuve .....	42
Les principes correcteurs dans la réalisation du droit .....	46
L'abus de droit .....	46
L'apparence .....	46
La fraude .....	47



# Les précis de la Corpo



9

L1 Droit – Equipe 3 – Premier semestre

## INTRODUCTION AU DROIT CIVIL

### Les différentes approches du droit

Le droit civil est la branche la plus ancienne et la plus achevée du droit. Elle contient les éléments fondamentaux qui servent de base aux autres matières.

Le droit est essentiellement un phénomène social. Le besoin de droit est présent lorsque nous sommes avec un autre groupe afin d'envisager une organisation en société. Le droit organise la contrainte inhérente à toute vie en société. Il en détermine les conditions de validité, lui donne sa légitimité et limite les risques d'arbitraire et de violence. C'est un élément de civilisation qui distingue les sociétés humaines des sociétés primitives. Le droit a pour fonction de faire régner l'ordre mais aussi d'idéaliser le règne de justice. Dès lors qu'il est un phénomène social, il est nécessairement contingent.

### Le droit dans son contexte

#### *Identification de la règle de droit parmi les normes sociales*

##### ➤ La règle de droit comparé à d'autres règles de vie sociale : La distinction entre les règles de droit et les préceptes religieux

Religion et droit constituent deux systèmes normatifs qui n'ont ni le même objet ni les mêmes fins. Les règles religieuses résultent de la révélation divine. Dieu, en dernier ressort, en assurera la sanction. Il veille au salut de l'être humain tandis que les règles de droit concernent les relations dans le corps social. La finalité est bien plus modeste ; elle est de faire régner un certain ordre social.

La séparation n'est pas pour autant radicale dans la mesure où le droit ne peut pas ignorer le fait religieux. Le principe de laïcité est régit par une **loi de 1905** concernant la séparation de l'Eglise et de l'Etat, selon le principe constitutionnel de la France. Le droit n'ignore pas pour autant la religion. Ce principe commande la neutralité de l'Etat et commande aussi à l'Etat de reconnaître et de garantir la liberté des croyances et de l'exercice du culte d'une religion. Cette liberté est garantie et reconnue par le droit. Le juge doit assurer le respect de la liberté de conscience, d'exercice des cultes dans les strictes limites que notre ordre juridique peut admettre. Néanmoins, le juge n'applique pas la voie religieuse.

Il n'y a pas de séparation radicale entre la morale et le droit. La morale commande de respecter le droit. Il arrive que le droit commande au juge de prendre en considération la psychologie d'une personne, son degré de conscience morale pour mesurer la gravité de la faute. De plus, un très grand nombre d'impératifs moraux sont consacrés par le droit. La morale est relative et contingente, il faut prendre en compte la morale dominante. Aujourd'hui, on se réfère aussi à une forme de la morale : l'éthique. Elle a un objet plus précis. Elle est considérée comme substitut à la règle de droit (le CAC 40 élabore des chartes d'éthique afin de prévenir les conflits d'intérêts, à normaliser les comportements des dirigeants de ces sociétés).



# Les précis de la Corpo



10

## L1 Droit – Equipe 3 – Premier semestre

### ➤ Critères d'identification de la règle de droit

La règle de droit a un caractère général et impersonnel. Elle est abstraite, elle ne concerne pas des personnes précises bien identifiées. Elle est plus ou moins générale. On distingue les lois générales (applicables à une généralité de cas) et spéciales (exception à la règle générale en s'appliquant à des points plus précis). De plus, elle est normalement produite par un organe de l'Etat. Elle est donc sortie d'une contrainte étatique : la sanction. Toutes les règles de droit ne s'imposent pas avec la même force. On distingue les lois impératives ou d'ordre public et les supplétives. Les premières sont les principes fondamentaux essentiels de l'ordre social, elles s'imposent toujours strictement aux membres du corps social et que des volontés privées ne peuvent jamais écarter. Les supplétives peuvent être écartées par les volontés privées.

La règle de droit est généralement assortie de sanctions qui peuvent être prononcées par les tribunaux de l'Etat.

On distinguera 3 types de sanctions :

- Les mesures qui tendent à obtenir l'exécution forcée d'une obligation: saisie de bien...

Une condamnation assortie d'une astreinte: une somme d'argent qui devra être payée par jour de retard, et qui pourra elle-même être exécutée par une saisie.

- Les mesures réparatrices: effacer complètement les conséquences d'une faute.

Une mesure d'annulation: nullité d'un contrat juridique. L'acte nul est totalement anéanti, l'effet de l'annulation étant un effet rétroactif. Les effets disparaissent non seulement pour l'avenir mais aussi pour le passé. Le vendeur va devoir restituer le prix, l'acquéreur va devoir restituer le bien.

Les dommages et intérêts: on ne peut réparer un préjudice qui a été définitivement accompli, et il n'y a pas d'exécution en nature possible. on va donc réparer par équivalent, on va évaluer le dommage subi et on va condamner l'auteur du dommage à payer une somme d'argent, qui ne réparera pas la douleur, mais qui sera une reconnaissance de cette douleur, et qui éventuellement réparera vraiment les dommages matériels.

- Les sanctions qui sont purement et simplement punitives donc on attend un effet punitif.

C'est l'objet du droit pénal: sanction par une peine, amende ou emprisonnement, peine qui va être proportionnelle à la gravité de la faute. Attention: il y a une différence fondamentale entre les dommages et intérêts qui relèvent de la sanction civile et la responsabilité pénale qui est totalement indépendante de préjudice, et qui dépend de la gravité de la faute. La sanction pénale punit l'infraction qui porte préjudice à la société dans son ensemble. La faute civile va porter préjudice à une personne civile.

### **Le droit comme phénomène social et culturel**

#### **Les interactions**

Pour être efficace, le droit évolue en même temps que la société, il y a donc des interactions entre le droit et d'autres phénomènes sociaux comme les mœurs (ensemble des comportements sociaux et de leur évolution).



# Les précis de la Corpo



1

## L1 Droit – Equipe 3 – Premier semestre

On dit que le droit est tenu de s'adapter aux faits. Il ne doit pas y avoir de décalage trop important entre le droit et les inspirations de la société à un moment donné car cela rendrait le droit inefficace. Cette interaction explique l'importance de la sociologie juridique soit *l'observation et l'analyse des phénomènes pour les mettre en rapport avec d'autres faits sociaux*.

Il y a aussi une interaction entre le droit et la politique. Le pouvoir politique doit être subordonné au droit. Ce qu'on appelle Etat de droit désigne bien cette situation où l'Etat lui-même est limité par des règles de droit. La politique organise la conduite de l'Etat. Le droit est l'instrument de la politique. Le droit est un phénomène historique, il est indispensable de connaître son évolution et les différentes étapes de sa formation pour le comprendre.

Les interactions entre le droit et l'économie sont très fortes. Certains pans entiers de notre droit civil ne s'expliquent que par le contexte économique qui a présidé à leur conception. Notre droit actuel a été conçu à l'époque du Code Civil de 1804, soit une époque où prédominait l'économie agricole. On a dû adapter notre droit des biens à l'évolution de l'économie.

### Les droits nationaux dans le contexte international et européen

Le droit a pendant longtemps été un phénomène essentiellement national. Il respecte les traditions, la culture de chaque nation, de chaque groupe social. Il ne peut plus être conçu, étudié et pratiqué à une échelle purement nationale. Chaque système juridique est nécessairement confronté aux autres.

## Le droit comme système

Le droit comme système suppose des règles ordonnées dans un ensemble. Il forme une unité cohérente.

### **Les conceptions du droit**

On pourrait qualifier le premier courant d'idéaliste. C'est le courant le plus ancien, selon lequel le droit ne se réduit pas au droit positif. Il existerait un droit supérieur appelé le droit naturel fait de lois immuables, universelles, valables pour tous et en tous lieux. Il admet la contestation du pouvoir, qui admet la contestation du droit positif. Il trouve son origine dans la philosophie grecque. (Cf. Antigone de Sophocle). Le droit naturel a d'abord été d'inspiration religieuse mais il est aussi fondé sur la raison.

Saint Thomas d'Aquin a établi une hiérarchie entre le droit divin et la loi naturelle. Le droit naturel s'est laïcisé et trouve son fondement dans l'homme lui-même qui tire sa nature des droits et libertés inaliénables.

### **L'ordonnancement du système juridique**

Les règles de droit ne vivent pas dispersées. Elles sont reliées les unes aux autres selon un ordre logique qui peut être hiérarchique, conceptuel ou intellectuel. L'image de la pyramide est souvent utilisée pour représenter cet ordre hiérarchique formaliste qui préside à l'ordonnancement de sources. Au sommet, on retrouve la loi constitutionnelle, les traités internationaux puis les lois simples/organiques/formelles et encore en-dessous les actes réglementaires adoptés par le pouvoir exécutif.



# Les précis de la Corpo



12

## L1 Droit – Équipe 3 – Premier semestre

L'ordonnancement conceptuel correspond aux normes juridiques qui sont regroupées en catégories distinctes en fonction de leur objet ou de leur domaine d'application.

Le droit objectif est fait de multiples sous-divisions cohérentes.

### Les divisions du droit objectif

Cette distinction est spécifique à la France et certains pays continentaux. Le droit romain distinguait les problèmes liés à un intérêt public ou à un intérêt privé. Cette distinction s'est beaucoup atténuée au Moyen-Âge. Elle est réapparue avec la constitution des États modernes.

Le droit public régit l'organisation de l'État, l'administration et les relations avec les citoyens.

Le droit privé régit les relations entre personnes privées (dont personnes morales).

Cette distinction ne repose pas sur les finalités du droit public et du droit privé. Cette dichotomie distingue ce qui relève de l'intérêt de l'État ou ce qui relève d'intérêts purement privés. Toutes les règles du droit objectif ont essentiellement pour but la protection du corps social, et repose sur une certaine conception de l'intérêt général.

On ne peut pas fonder cette distinction sur la force impérative de la règle.

En droit privé, il y a des règles impératives et des règles supplétives (qui peuvent être écartées), alors que les règles sont toutes impératives en droit public.

La distinction repose sur la différence d'objet et suppose une différence dans la mise en œuvre.

La distinction entre droit public et droit privé est d'autant plus inscrite dans le droit français que l'on a créé deux ordres distincts : l'ordre administratif et l'ordre judiciaire.

### ➤ L'organisation juridictionnelle

L'une des fonctions essentielle de l'État est d'organiser la résolution des litiges, d'organiser une justice publique. Les différents sont jugés par des juridictions étatiques. A défaut de règles précisément applicables, les juges doivent dégager des règles existantes des principes généraux et par un raisonnement juridique approprié, dégager l'issu à donner. L'adage « *Nul ne peut se faire justice lui-même* » prohibe la vengeance privée. Il existe des organisations étatiques qui organisent l'interprétation du droit sa mise en œuvre. Le recours aux tribunaux n'est pas toujours obligatoire. Dans le droit des affaires, il est possible de prendre l'arbitrage d'une personne privée, par exemple dans la résolution d'un contrat. Les juridictions sont elles-mêmes supradivisées en deux ordres de juridiction. Cette division vient de la Révolution, pendant laquelle a été mise en place la séparation des pouvoirs. Cette séparation des pouvoirs prohibe formellement au juge judiciaire de s'immiscer dans l'administration.

Il existe deux juridictions indépendantes autonomes :

- **Le Conseil Constitutionnel** : vérifie la conformité à la Constitution des lois votées devant le Parlement.



# Les précis de la Corpo



## L1 Droit – Équipe 3 – Premier semestre

- **Le Tribunal des Conflits** : il peut se produire des conflits de compétence entre les deux ordres. Ce tribunal règle les litiges, les problèmes d'arbitrage entre l'ordre judiciaire et l'ordre administratif.

On distingue :

- Les conflits positifs : chacune des juridictions se réclame compétente.
- Les conflits négatifs : chacune prend part se déclare incompétente.

Le Tribunal des Conflits n'appartient ni à l'une ni à l'autre des juridictions. Il est présidé par le Garde des Sceaux.

### **L'Ordre judiciaire**

La décision rendue par une juridiction de première instance peut être attaquée devant la juridiction d'appel : la Cour d'Appel. Elle est matériellement compétente pour toutes les affaires de première instance de son ressort. On peut, dans la plupart des cas, interjeter Appel. C'est le double degré de juridiction (1<sup>ère</sup> instance + appel). En principe, lorsque la demande formulée par le demandeur est inférieure à 4000€, la voie de recours en Appel n'est pas possible, la 1<sup>ère</sup> instance rend un jugement (statue) alors en 1<sup>er</sup> et dernier ressort : il y a seulement possibilité de pourvoi en cassation. Celui qui interjette Appel, qui a l'initiative est l'appelant, et celui qui se voit envoyer la demande d'Appel est l'intimé.

Le double degré de juridiction caractérise la première instance et l'Appel.

La Cour d'Appel, en raison du caractère dévolutif, reprend l'évolution de l'affaire, rejuge en entier. Des demandes nouvelles ne sont pas recevables mais on peut fonder sa demande sur de nouveaux arguments, tant qu'ils sont rattachés aux demandes précédentes. La Cour d'Appel rend un arrêt qui se substitue au jugement qui lui a été déféré. Il peut être confirmatif (l'arrêt est le même que le jugement) ou infirmatif (l'arrêt réforme le jugement). C'est l'arrêt d'Appel qui aura force exécutoire. Les jugements rendus en dernier ressort non susceptibles d'appel et les arrêts rendus par les cours d'appel sont susceptible d'un pourvoi en cassation.

ATTENTION ! La Cour de Cassation n'est PAS un 3<sup>ème</sup> degré de juridiction : elle ne rejuge pas l'entier litige en fait et en droit : il y a une distinction entre les deux. Elle tient les faits (qui sont souverainement constatés) pour acquis tels qu'ils ont été appréciés par les juges du fond (ou du fait) et elle juge l'affaire en droit seulement. Elle contrôle le droit : à partir des constatations des faits, elle vérifie que la Cour d'Appel a bien appliqué le droit, qu'elle a correctement qualifié les faits, bien appliqué et interprété la loi. La cour de cassation est donc un juge du droit.

La Cour de Cassation est unique en France. La Cour de Cassation se compose de 1 chambre criminelle et de 5 chambres civiles ayant chacune leur compétence propre : 3 chambres civiles (droit des biens, de propriété), la 4<sup>ème</sup> est une chambre commerciale et financière, la 5<sup>ème</sup> est une chambre sociale (contentieux + droit du travail). Parfois des conflits de compétences ou des avis divergents peuvent apparaître entre les différentes chambres ; il y a alors formation d'une Chambre Mixte, cette dernière sera composée de juges d'au moins 3 des chambres de la Cour de Cassation.



# Les précis de la Corpo



14

## L1 Droit – Équipe 3 – Premier semestre

### Juridictions civiles

- Tribunal d'instance et de proximité est compétent (pour les mêmes matières que le TGI) pour juger des litiges en dessous de 10 000€, et sont aussi saisis pour certains baux d'habitation ;
- Tribunaux de commerce, qui présente la particularité de n'être pas composé de juges professionnels mais de professionnels du commerce et de commerçant ;
- Le Conseil des Prud'hommes est constitué à 50% de juges élus par les employeurs, et de 50% élus par les salariés ;
- Tribunaux paritaires des baux ruraux fonctionnent aussi selon le principe d'échevinage : des magistrats professionnels et des non-juristes. Présidé par un juge d'instance selon le système de l'échevinage (qui consiste à mêler au sein d'une même juridiction, des juges professionnels, et des juges élus).

### Juridictions répressives

On distingue les contraventions, les délits et les crimes (auteur d'infraction pénale). Principe de légalité des délits et des peines dit que nul ne peut être sanctionné si l'acte qu'on lui reproche n'est pas défini et qualifié par la loi, il faut que la loi l'ait prévu ainsi que la sanction.

À ceux-ci correspondent des peines :

- Contravention : palier d'amende ;
- Délit : emprisonnement + palier d'amende ;
- Crime : emprisonnement à perpétuité ou à temps.

En juridiction répressive, on a le Tribunal de police (compétent pour les contraventions), le Tribunal Correctionnel (compétent pour les délits). La composition du TGI n'est pas toujours la même quand il se change en tribunal correctionnel. Devant les chambres correctionnelles, les parties ont l'initiative de l'instance, recherchent les preuves, jouent un rôle important. La procédure civile est dite accusatoire : ce sont les parties qui ont la charge de la preuve (jouent un rôle très important), qui déclenchent la procédure et ont ainsi une certaine maîtrise de l'instance. En revanche, en matière pénale, la procédure a un caractère inquisitoire : toute l'initiative revient au juge → il a la maîtrise du déroulement de l'instance, de la procédure et de la recherche de preuves. La Cour d'Assises est une juridiction particulière. Elle est compétente pour juger les crimes .Elle n'est pas permanente (punit pour perpétuité ou réclusion criminelle). Elle est composée de 3 magistrats du siège, 1 représentant du parquet et un jury de 9 membres citoyens jurés désignés à partir de tirages sur les listes électorales.

### L'Ordre administratif

Le Conseil d'État est la haute juridiction administrative et a deux types de fonctions :

- Fonction consultative/formative exercée par les 5 sections administratives (ex : intérieur, finance, travaux publics, sociale...). Ces sections donnent des avis au gouvernement, notamment sur les projets de texte réglementaire, sur les décrets. Dans certains cas, la procédure est obligatoire. Il y a les décrets en conseil d'état (précédés d'un avis par la section compétente du CE) ;



# Les précis de la Corpo



15

## L1 Droit – Equipe 3 – Premier semestre

- Une sixième section contentieuse unique : elle a une compétence strictement juridictionnelle, parfois en 1<sup>er</sup> et dernier ressort (pour les contentieux les plus importants remettant en cause l'autorité de l'État), notamment pour les décrets. Sinon, il agit en tant que juge d'appel ou de cassation. Dans son rôle de cassation, le Conseil d'État contrôle la légalité des droits, mais aussi la matérialité des faits mais aussi l'opportunité. Le contrôle d'opportunité est limité, il sanctionne seulement les erreurs manifestes et excès de pouvoir => Le CE a un pouvoir encore plus grand que la cour de cassation (juge du droit). Mais elle n'est possible que dans les cas prévus par la loi notamment lorsqu'une décision est entachée d'un vice de forme ou d'incompétence ou violation de la loi.

Le Conseil d'État est présidé par le Premier ministre ou, en son absence, par le ministre de la Justice (le Garde des Sceaux). Chaque section a son propre président. Il existe aussi un tour extérieur qui permet au gouvernement de nommer des maîtres de requêtes. Les membres du Conseil d'Etat ne sont pas des magistrats, ce sont des fonctionnaires soumis à un statut particulier.

## Les méthodes du droit

### ➤ Méthodes de classification

En droit, l'intérêt des classifications n'est pas seulement un intérêt scientifique mais l'intérêt est pratique. On a des catégories juridiques abstraites utilisées dont il faut dégager les critères qui faciliteront les opérations de qualifications.

#### **Le droit subjectif**

Il prévoit de quelle manière chaque titulaire de la société a les droits et obligations qui lui reviennent. La personnalité juridique est l'aptitude à être titulaire de droit et assujetti à des obligations. Cette personnalité peut être reconnue à des groupements soit des groupes de personnes (association, société) ou de biens (fondations). Le droit subjectif est la prérogative individuelle que détient chaque individu. La personnalité juridique définit la capacité, l'aptitude même à la vie juridique (avoir des droits, des obligations). La capacité de jouissance est la capacité à être titulaire de droits. Les personnes physiques sont nécessairement des personnes juridiques depuis l'abolition de l'esclavage. L'aptitude à exercer ses droits peut parfois être limitée, on ne peut pas toujours l'exercer soi-même. La personnalité juridique peut parfois être reconnue à certains groupements de personnes (société, association etc.).

#### **Caractère patrimonial / extrapatrimonial**

Une première classification est faite : la division entre droits extrapatrimoniaux et droits patrimoniaux. Distinction classique qui a une base économique.

Les droits extrapatrimoniaux renferment des droits étroitement liés à la personne et à la personnalité humaine, qui tendent à protéger l'intégrité du corps humain (don d'organe), attachés à l'état des personnes, qui concourent à son identification sociale (état civil), droit de la personnalité (droit à l'honneur, à la dignité), droits politiques (droit de vote) et droits fondamentaux. La personne physique ne peut pas disposer des droits



# Les précis de la Corpo



16

## L1 Droit – Équipe 3 – Premier semestre

extrapatrimoniaux : on ne peut pas y renoncer, les céder, ils ne sont pas transmissibles. Ils n'ont pas valeur pecuniaire directe.

Les droits patrimoniaux ont une valeur économique, sont directement évaluables en argent. Ces droits peuvent être saisis. Ils peuvent faire l'objet d'un commerce juridique (on peut vendre une créance) et également transmissibles aux héritiers, et être saisis (cessibles) par des créanciers par exemple.

La notion de patrimoine est indépendante de la fortune d'une personne. Toute personne a nécessairement un patrimoine même s'il est vide. Ce patrimoine rassemble l'ensemble des rapports susceptibles d'évaluation pecuniaire. On dit que le patrimoine est une universalité de droit : dans un patrimoine, il y a un ensemble de droits et de charges qui sont liées.

Deux cloisonnements sont visibles dans le patrimoine : l'actif et le passif.

L'actif répond au passif. Il est entendu que l'actif change tout le temps, un droit va sortir, le prix de vente va rentrer.

### Droits patrimoniaux selon leur objet

Dans une deuxième classification, au sein des droits patrimoniaux, on oppose droit réel et droit personnel :

- **Droit réel** (« res » en latin : la chose) est le pouvoir juridique reconnu à une personne sur une chose réelle et qui porte directement sur cette chose.
- **Droit personnel** (ou droit de créance ou d'obligation) : essentiellement droit patrimonial, met en présence deux personnes. Il représente le lien de droit qui existe entre ces deux personnes et en vertu duquel l'une des deux personnes (le créancier, titulaire du droit de créance) est en droit d'exiger quelque chose d'une autre personne tenue d'une dette (débiteur, versant passif du droit de créance). Cette obligation peut être une obligation d'exécuter une prestation, de payer une somme d'argent ou une obligation de donner (= de transférer la propriété) et pas forcément à titre gratuit.

Le droit réel ne porte pas seulement des choses corporelles, il peut porter sur des choses incorporelles et abstraites comme une créance ou des valeurs mobilières.

Les droits réels personnels accessoires sont accessoires généralement d'une créance. Ce sont des droits de garantie d'exécution de paiements de cette créance, appelée « sureté ».

### En fonction de leur source

Dans une troisième classification, on distingue les droits patrimoniaux, réels et personnels en fonction de la manière dont ils prennent naissance.

Quels évènements générateurs ou acte/comportement humain peuvent faire naître un droit subjectif ?

Il y a deux sources : les actes juridiques et les faits juridiques.

- Actes juridiques : manifestation de volonté qui est destinée à produire des effets de droit, de donner naissance à des obligations.



# Les précis de la Corpo



17

## L1 Droit – Équipe 3 – Premier semestre

- Faits juridiques : alors que les actes traduisent une volonté individuelle, les faits juridiques sont des évènements (volontaires ou) involontaires qui vont produire des effets de droit délimités par le droit objectif (**Article 1382 du Code Civil** « *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer.* »).

Le fait qui cause un dommage va créer du droit subjectif. Il peut parfois être volontaire (ex : meurtre), mais les effets de droit créés n'ont pas été recherchés.

Si la plupart des actes et faits sont créateurs de créance, ils peuvent aussi être extincteur de droit subjectif (ex : prescription résulte du temps écoulé et éteint le droit d'agir en justice, paiement). La réalisation d'un droit subjectif suppose le recours à un juge et le déclenchement d'un procès.

## Méthodes de raisonnement

### Le syllogisme judiciaire (raisonnement déductif)

Il s'agit de la partie finale du raisonnement du juge. C'est la partie la plus facile à décrire.

Prise sous l'angle du syllogisme judiciaire, nous avons :

- Une majeure, qui a la règle du droit = prémissse ;
- Une mineure, qui est le fait une fois qualifié = prémissse ;
- Une conclusion déductive qui est la solution au problème.

La règle elle-même, quand elle existe, doit être interprétée. S'il n'y en a pas, le juge doit découvrir la règle, supposant un raisonnement inductif : on part de divers cas voisins pour découvrir un principe général servant de règle au cas particulier qui est soumis.

Des méthodes d'interprétations de texte multiples s'ajoutent. Aucune n'est déterminante à elle seule. Il faut en privilégier certaines et se détacher d'autres.

### Raisonnement inductif

La déduction = générale au particulier ; induction = ensemble de règles particulière et induire un principe générale qui les rassemble. Très souvent le juge en présence d'une lacune n'a pas de règle à appliquer, il va chercher des règles voisines et va en induire des règles générales;

### Recours à des méthodes d'interprétation juridique

Les parties comme les juges peuvent puiser dans les ressources de l'argumentation juridique et d'interprétation des règles de droit : nombreuses et parfois contradictoires. Aucune n'est totalement sûre, donc, il faut les combiner. Elles sont utiles pour la rigueur du raisonnement mais ce ne sont pas des "listes de recettes" infaillibles.



# Les précis de la Corpo



18

## L1 Droit – Équipe 3 – Premier semestre

### Les écoles

Pendant longtemps en France l'école de l'exégèse a dominé. Elle était stricte, mais s'est assouplie. On a fait de cette école une présentation souvent caricaturale, elle laissait place à des méthodes parfois souples, plus riches et plus fines. Grâce à une interprétation logique des textes, on doit trouver une solution à la quasi-totalité des problèmes qui se posent. La méthode de l'exégèse est subtile, liée à la conception de la suprématie de la loi : on part des mots du texte pour en rechercher l'esprit, la volonté du législateur. On peut donc l'adapter aux besoins nouveaux de la société.

On a souvent opposé cette école à une autre construite sur la critique de l'exégèse, au départ dite école de la "libre recherche scientifique" (chef de fil : Gény : lorsqu'une question n'a pas été prévue par le législateur, l'interprète doit pouvoir assez librement donner une solution en s'inspirant de données rationnelles extérieures aux lois (données de l'histoire...)).

Cette méthode exégétique, toujours utilisée aujourd'hui s'accompagne d'une autre méthode d'interprétation : la méthode téléologique. Il s'agit de rechercher les buts sociaux de la loi pour l'adapter aux cas non prévus par le législateur).

### Arguments, techniques d'interprétation

Sous l'influence du droit européen est apparue la méthode de l'effet utile (interpréter un texte pour lui donner une pleine efficacité), à combiner avec d'autres méthodes traditionnelles d'argumentation. Les arguments ne sont pas déterminants, ils peuvent aboutir à des résultats contradictoires. Il faut chercher celui aboutissant au résultat le plus raisonnable.

- L'argument *a fortiori* consiste à étendre une règle à un cas pas forcément prévu. Dès lors que la raison qui explique cette règle se retrouve à une force accrue dans le cas à appréhender. ex : une personne est frappée d'une incapacité de vendre ses biens (troubles mentaux), alors *a fortiori* il faudra lui interdire de céder ses biens à titre gratuit.
- L'argument par analogie est parfois très proche de celui *a fortiori* : il étend une règle prévue pour un cas particulier à autre cas semblable et de même nature, analogue. Inverse de *a contrario*.
- L'argument *a contrario*. La règle s'applique à des cas, donc ce qui n'est pas interdit est autorisé. Si la loi n'a pas interdit cela, c'est que *a contrario* c'est autorisé ; ce qui n'est pas toujours exact. Une loi ne s'appliquera pas à des cas non prévus.

On peut avoir recours à des maximes d'interprétation venant de l'ancien droit ou du droit romain.

Certaines lois sont d'interprétation stricte et interdisent les extensions, comme les lois pénales d'incrimination. Les exceptions sont aussi d'interprétation stricte. Il s'agit de compléter les méthodes, les arguments.

- « *Specilia generalibus derogant* » la loi spéciale déroge à la loi générale.
- « *La loi cesse là ou cesse les motifs* » : les motifs qui fondent une règle justifient son champs d'application : si les raisons ne s'appliquent pas au cas particulier, alors la loi ne peut pas être appliquée. C'est une limite à l'argument analogique.



# Les précis de la Corpo



19

## L1 Droit – Equipe 3 – Premier semestre

- « *Les exceptions sont d'interprétation stricte* » : cantonner la règle dans les limites expressément prévues : interdit l'interprétation analogique.

Quand il y a une antinomie (= contradiction) dans les textes, on essaye de distinguer la règle générale et l'exception, règle de droit commun et règle spéciale. C'est la disposition spéciale qui déroge à la règle générale.

## Les sources du droit

On distingue les sources réelles et les sources formelles :

- **Sources réelles** : « forces créatrice du droit », sources d'inspiration qui, de manière plus ou moins directe, expliquent le contenu de certaines règles de droit (droit objectif).
- **Sources formelles** : processus et forme par lesquels une règle de droit est créée et va revêtir un caractère coercitif. Ce sont les modes de création des règles de droit positif. Ces sources sont diverses et hiérarchisées. Elles peuvent former des cercles concentriques.

## Sources nationales

### La loi

#### ➤ Définition

Dans un sens très large, on utilise le terme de loi pour définir toute règle de droit générale et abstraite. Dans un sens matériel plus précis, la loi peut désigner une règle de droit écrite, rédigée par un organe étatique compétent. Dans un sens formel plus restrictif encore, la loi se réduit à la loi ordinaire et désigne toute règle de droit/disposition issue uniquement de l'organe investi du pouvoir législatif.

#### ➤ La hiérarchie formelle des lois

Elle est fonction de l'autorité qui l'édicte et de la forme dans laquelle elle est adoptée.

La hiérarchie des règles écrites se fait selon la métaphore de la pyramide : chaque norme tire son autorité de la norme supérieure. En France, on trouve de haut en bas : la loi constitutionnelle, la loi du pouvoir législatif (parlement), les différents règlements adoptés par le pouvoir exécutif.

#### Primaute de la loi constitutionnelle

La loi constitutionnelle est au sommet des sources légales et le contrôle de la conformité des lois à la Constitution est dévolu par la **Constitution du 4 octobre 1958** à une juridiction spécifique : le Conseil Constitutionnel. Le juge judiciaire ne peut être juge de la constitutionnalité des lois. Le texte même de la Constitution est fait de règles relatives au fonctionnement de l'État. Les **articles 34 et 37 de la Constitution**



# Les précis de la Corpo



20

## L1 Droit – Équipe 3 – Premier semestre

précisent les domaines respectifs de la loi parlementaire (législative) et des règlements (de l'exécutif) : ce sont ces deux articles qui nous intéressent en droit civil.

Le préambule de la constitution vise aussi les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République dont la DDHC. Ces principes sont seulement évoqués et non énumérés de telle sorte que c'est le Conseil Constitutionnel qui a la maîtrise de cette notion. Une **loi constitutionnelle du 1<sup>er</sup> Mars 2005** a encore étendu ce bloc de constitutionnalité et y a rajouté la Charte de l'environnement.

Seul le Conseil Constitutionnel peut contrôler la conformité d'une loi à la Constitution et le juge judiciaire n'a aucun pouvoir pour vérifier la conformité : il peut écarter une loi contraire à la CEDH mais ne peut pas écarter une loi contraire à la Constitution. De plus, les moyens de saisine du Conseil Constitutionnel ont été élargis : dans le texte de 1958, le Conseil Constitutionnel ne pouvait être saisi que par un des trois présidents (de la République, de l'Assemblée Nationale ou du Sénat) ou par le 1<sup>er</sup> ministre. La **réforme de 1974** a permis la saisine par 60 députés ou par 60 sénateurs (avant la promulgation de la loi). C'est à partir de ce moment que la jurisprudence du Conseil Constitutionnel a pris de l'importance.

Depuis la **loi constitutionnelle du 23 Juillet 2008**, le Conseil Constitutionnel peut être saisi après promulgation par le conseil d'État ou la Cour de Cassation, si au cours d'une instance judiciaire une des parties soutient qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution. La Question Prioritaire de Constitutionnalité (QPC) permet à chaque citoyen de demander la saisine du Conseil Constitutionnel.

### ➤ Distinction de la loi ordinaire et du règlement

#### **Critères formels**

Les lois organiques sont votées par le parlement composé de l'Assemblée Nationale élu au suffrage universel direct et le Sénat élu au suffrage universel indirect.

Avant la constitution de 1958, et depuis la Révolution, une primauté absolue était reconnue à la loi, ses domaines de compétences matérielles étaient sans limites : vocation à régler toutes les matières, le gouvernement ne pouvant intervenir que dans l'application des lois et dans les matières où il n'y avait pas de loi. La Constitution de 1958 a opéré différemment en assignant à chacun un domaine propre.

La loi est votée soit à partir d'un projet de loi (proposé par le gouvernement) soit à partir d'une proposition de loi (faite par un groupe de parlementaires). L'initiative des lois appartient concurremment au premier ministre et aux parlementaires.

L'Assemblée nationale et le Sénat doivent se mettre d'accord et adopter un texte identique : des navettes parlementaires sont ainsi organisées : la loi doit être votée dans les mêmes termes par les deux. Faute d'accord, une Commission mixte (composée de députés et sénateurs) peut être réunie qui va proposer un texte faisant consensus. Si le désaccord persiste, le gouvernement peut demander à l'assemblée nationale de statuer définitivement. L'Assemblée Nationale a toujours le dernier mot.



# Les précis de la Corpo



21

## L1 Droit – Équipe 3 – Premier semestre

Le règlement englobe différents types d'actes émanant du pouvoir exécutif. Le décret relève de la compétence du 1<sup>er</sup> ministre et exceptionnellement du président de la République.

Il existe trois types de décrets :

- Le décret simple, signé par le Premier ministre.
- Le décret pris en conseil des ministres, signé par le président de la République, contresigné par le 1<sup>er</sup> ministre et par le(s) ministre(s) des domaines concernés (risque de recours contentieux).
- Le décret en conseil d'État : décret pris après avis d'une section administrative du Conseil d'État dans des domaines importants.

La circulaire est un texte par lequel un ministre donne des instructions aux fonctionnaires qui relèvent de son ministère sur la manière d'interpréter et d'appliquer une loi. Les circulaires administratives ne lient pas le juge judiciaire (qui interprète le texte comme il le veut). Un justiciable peut toujours contester l'interprétation d'une circulaire. Elles n'ont pas d'effet obligatoire ni pour les justiciables, ni pour les juges.

### Critères matériels

- **Les articles 34 et 37 de la Constitution** réservent à la loi l'ensemble des règles qui régissent des domaines comme les libertés publiques, le droit et la procédure pénale, la nationalité, l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions, etc. Cela n'interdit pas au législateur de déléguer certains détails d'application au pouvoir exécutif.
- **L'article 34** fixe les domaines de compétences où la loi doit intervenir pour fixer les principes fondamentaux de ces matières, le législateur ne peut pas entrer dans les détails, c'est au pouvoir réglementaire de les fixer : droit du travail, régimes de la propriété, droit des obligations, sécurité sociale, défense nationale, droit environnemental, droit de la famille et dans d'autres matières ne relevant que de la loi, le législateur fixe les l'ensemble des règles mais peut déléguer au pouvoir exécutif le pouvoir de fixer certains détails d'application (décret d'application) : liberté publique, droit du travail, droit des obligations, crime...
- **L'article 37** précise que les domaines de compétence autres que celle de la loi ont un caractère réglementaire : c'est une innovation de la Constitution de 1958 qui reconnaît au pouvoir exécutif et donc au règlement une compétence propre et exclusive dans les matières qui ne relèvent pas du domaine de la loi. **Article 58**, la loi pouvait s'emparer de toutes matières.

On distingue plusieurs types de règlements :

- Règlement autonome qui soit intervenient dans leur domaine propre soit là où la loi ne peut intervenir soit là où elle fixe les principes généraux.
- Règlement d'application (où la loi a tout délimité et pour laquelle l'exécutif apporte des précisions. Ils sont pris dans les domaines normalement où la loi fixe les règles et où le législateur a délégué le pouvoir d'appliquer des détails d'application).



# Les précis de la Corpo



21

## L1 Droit – Équipe 3 – Premier semestre

### **Distinction de la loi et des ordonnances**

**L'article 38 de la Constitution** permet au gouvernement, pour l'exécution de son programme, de demander l'autorisation au Parlement de prendre des mesures par ordonnance dans des domaines qui relèvent normalement de la loi pendant des délais limités. Elles entrent en vigueur dès leur publication. La loi d'habilitation précise le domaine et le texte est soumis au parlement dans un délai prévu. Les ordonnances doivent être prises en Conseil des ministres après avis du Conseil d'État qui peut en faire un contrôle, pour le respect de la loi d'habilitation.

Ces lois d'habilitation prévoient un délai dans lequel des décrets de lois sont pris. L'ordonnance (décret-loi) peut entrer directement en vigueur après sa ratification par le Parlement et leur publication. Si elle n'a pas été ratifiée à la fin du délai, l'ordonnance devient caduque et n'est pas applicable en tant que loi. Il n'est pas nécessaire que le Parlement ait ratifié l'ordonnance dans ce délai, mais si on se retrouve dans ce cas, l'ordonnance prend la forme d'un règlement susceptible de faire l'objet d'un recours en annulation ou d'être combattue par la voie de l'illégalité.

Quand l'ordonnance est ratifiée, elle obtient pleine valeur législative.

### ➤ **L'activité législative en crise : inflation législative, typologie des lois, méthodes d'élaboration des lois**

Portalis a dit, dans son discours préliminaire à la Rédaction du Code Civil : « *Il ne faut point de lois inutiles, elles affaiblissent les lois nécessaires* ». Le rôle des lois n'est pas d'entrer dans le détail.

Toute l'activité législative du XX<sup>ème</sup> siècle a désacralisé la loi pour en faire un instrument politique qui la prive d'une partie de son efficacité.

- 1<sup>ère</sup> dénonciation : l'inflation législative : on adopte beaucoup trop de lois, mal rédigées de surcroît, avec une faible portée, qu'il faut souvent réformer.

Jean Carbonnier a très bien décrit ce problème dans *Droit et passion du droit sous la Vème République*. Sous cette dégradation se cache un changement profond de la loi. C'est maintenant un outil du gouvernement. Traditionnellement, on considère que la loi générale établit un droit commun, et que les lois spéciales sont dérogatoires. On considère que la loi spéciale l'emporte, car elle déroge à la loi générale. « *Specialia generalius derogant* » (en latin, la loi spéciale déroge à la générale).

- 2<sup>ème</sup> dénonciation : affaiblissement du contenu normatif des lois. Normalement, une loi doit nécessairement avoir un contenu normatif : droit et/ou obligation. Or, certaines lois ne donnent que des directives.

**1<sup>ère</sup> catégorie** : les lois d'anticipation ou de principe ; lois dont les dispositions ne se suffisent pas à elles-mêmes et se contentent d'annoncer d'autres lois. Certaines ne sont contestables (ex : loi annuelle des finances). Mais d'autres lois dont l'existence n'est pas si sûr et se bornent à annoncer un programme. La **loi constitutionnelle du 23 Juillet 2008** a néanmoins reconnu cette catégorie de loi : les lois programmes qui sont des lois de principes sans valeur normative qui doivent être suivies d'autres lois.



# Les précis de la Corpo



23

## L1 Droit – Équipe 3 – Premier semestre

**2<sup>ème</sup> catégorie** : les lois "fourre-tout" : les lois qui n'ont pas un objet défini mais des dispositions sans liens entre elles dans des domaines très différents. Depuis quelques années le conseil constitutionnel tente de lutter contre ces lois. Il est surtout contre les cavaliers législatifs : à un projet de loi à portée précise, on y ajoute des dispositions qui n'ont rien à voir avec l'objet du texte (ex : voir la réforme des retraites 2010 et ajout de dispositions sur la médecine du travail).

**3<sup>ème</sup> catégorie** : les lois d'affichages : elles sont purement symboliques avec aucun contenu normatif et se bornent à des proclamations symboliques (ex : **loi de 1998** qui reconnaît le génocide arménien de 1915 : cette déclaration n'est assortie à aucune disposition normative). Là encore, la **réforme constitutionnelle de 2008** tente de remédier à ce type de loi mais en ménageant le goût du parlement pour les proclamations : l'**art.34-1** (nouveau) autorise le vote de résolutions qui ne sont pas des lois : on opère une distinction.

- 3<sup>ème</sup> dénonciation : Le droit soft (mou) : technique empruntée au droit international public, c'est une régulation différente de réglementation. Au lieu de définir des normes obligatoires, ce droit soft préfère réguler, c'est-à-dire proclamer des objectifs très généraux, imposer des normes très vagues de comportement. Au mieux, ces prescriptions soft sont inefficaces, au pire c'est le juge qui va les définir à postériori et les sanctionner de façon aléatoire et arbitraire.
- 4<sup>ème</sup> dénonciation : l'activité législative moderne porte atteinte à l'objectif de stabilité des règles générales et de permanence. Au moment du vote d'une loi, on croit à sa permanence et à sa durée. Certaines lois n'ont pas vocation à la permanence et à la stabilité.

Aujourd'hui, le Parlement vote de plus en plus de lois temporaires, qui donnent lieu, en fin de période d'essai, à un bilan. C'est la prolifération qui est regrettable.

## ➤ **Les codifications**

La codification des lois peut prendre des formes différentes et on distingue la codification réelle (ou classique) et la codification formelle, dite à droit constant.

### **La codification réelle**

Elle ne réduit pas la codification à une compilation de textes existants. Le but est d'opérer une transformation importante : réformer l'ensemble du corps de règle existant dans une matière donnée. La codification réelle (ou classique) est une œuvre qui transforme l'ensemble des règles qui régissent une matière donnée.

L'élaboration du Code Civil est un modèle auquel on se réfère toujours. La conception a été longue avec plusieurs tentatives de rédaction dès la Révolution française.

C'est un travail collectif par commission de professionnels dont deux des pays de coutumes (Nord de la France) et deux de droit écrit (Sud de la France). C'est une œuvre de transaction et de compromis entre ces deux traditions, mais aussi entre le droit de l'ancien régime et le droit révolutionnaire (droit intermédiaire) => mise en cohérence du droit nouveau.

C'est aussi une œuvre politique : il n'a pas d'ambition théorique. Il y a un parti pris de clarté et de précision.



# Les précis de la Corpo



24

## L1 Droit – Equipe 3 – Premier semestre

### **La codification formelle**

Le travail de codification consiste à regrouper des règles diverses de natures législative et réglementaire dans une compilation unique, en principe sans les modifier : recodification à droit constant. C'est une méthode beaucoup plus récente et plus contestable.

Une première vague purement administrative a été réalisée par l'exécutif sans intervention du parlement. Une seconde vague a été réalisée à partir de 1999 avec une série de codification adoptée par voie d'ordonnance. En 1999, 9 codes ont été promulgués sans débat parlementaire. Mais cette idée de droit constant n'est pas toujours respectée : beaucoup de règles sont réécrites de façon bâclée. De plus, le plan étant modifié, cela peut avoir une influence sur l'interprétation (surtout si les lois ne sont plus formulées dans les mêmes termes). C'est un facteur d'insécurité juridique. Les imperfections de la loi expliquent la montée en puissance de la jurisprudence.

## La jurisprudence

### ➤ Notion

Étymologiquement, la jurisprudencia était la méthode, la science de raisonnement enseignée par les jurisconsultes, leur interprétation. Les jurisconsultes les plus connus étaient appelés les prudents. Aujourd'hui, c'est la doctrine des professeurs de droit. En droit anglo-américain, la jurisprudence signifie la science du droit.

En France, le sens du terme a évolué : on l'utilise pour se référer aux décisions des tribunaux, à la pratique des juges. La jurisprudence est aujourd'hui une pratique des tribunaux. Au sens le plus large, c'est l'ensemble des décisions rendues par les tribunaux pendant une période donnée et dans une matière déterminée. Elle peut être affinée et ne concerner qu'une seule juridiction, mais plus souvent elle porte sur une branche du droit déterminée et plus précisément des solutions données par les tribunaux à une question de droit déterminée (définition plus utile). Ce sens plus précis suppose d'abord une solution juridique qui porte donc sur une question de droit.

Ainsi la jurisprudence se constitue de :

- L'interprétation et application précis de la règle/ sur un point de droit déterminé ;
- Solution retenue de manière habituelle, constante et sur une certaine durée : stabilité de la jurisprudence. (il faut plusieurs décisions pour qu'il y ait une jurisprudence. Tant que les solutions sont instables, les constructions jurisprudentielles mettent un temps à se stabiliser).
- Toutes les décisions des tribunaux n'ont pas la même valeur, il faut tenir compte de la hiérarchie des tribunaux. La jurisprudence aura une portée plus grande si elle émane d'une juridiction plus haute.

La Cour de Cassation et le Conseil d'Etat sont les deux seules juridictions qui ont compétence pour imposer une interprétation donnée d'un texte de loi : elles ont le pouvoir de censurer les décisions inférieures contraires.



# Les précis de la Corpo



25

L1 Droit – Équipe 3 – Premier semestre

## ➤ Fonctions

Après la Révolution française, la place de la jurisprudence a été amoindrie, en raison de l'affirmation de la loi écrite (et de la défiance envers les juges.). On avait encore les mauvais souvenirs de l'arbitraire et de la jurisprudence des parlements. Les juges ont alors des pouvoirs plus limités et ne doivent faire qu'une simple application de la loi écrite, en lui étant soumise. (Bouche de la loi, Montesquieu). Une **loi de 1790** avait instauré une procédure spéciale pour demander une interprétation par le pouvoir législatif : le référendum législatif. Elle interdisait donc aux juges de faire une interprétation de la loi.). Cette procédure a été supprimée en 1807 et même avant sa suppression, les rédacteurs du Code Civil en 1804 ont été plus réalistes : ce rôle dévolu au juge est loin d'être négligeable : ils admettaient que la loi ne peut pas et ne doit pas tout prévoir. (Elle devait se limiter aux principes généraux : "il ne faut point de loi inutile").

### **Fondements légaux de la place assignée à la jurisprudence**

Deux dispositions du Code Civil : **l'article 4 et l'article 5** s'opposent complètement. La place occupée par la jurisprudence contribue à concilier les dispositions respectives des **Articles 4 et 5 du Code Civil**.

#### **L'article 4 du Code Civil : obligation de juger**

« *Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice* ».

Le déni de justice est réprimé pénalement mais les sanctions sont très rares. On y retrouve les différentes fonctions assignées à la jurisprudence. Elle doit interpréter, réveiller le sens de la loi; si elle est silencieuse le juge doit quand même juger en usant toutes les méthodes du raisonnement juridique, de l'interprétation. La jurisprudence doit se prononcer sur l'application de divers textes à une hypothèse non. Le juge peut aussi découvrir lui-même une règle non écrite ou un principe général par induction à partir de règles juridiques existantes. Il peut dégager un principe général qu'il appliquera au cas non prévu de la loi. Il suppléer le législateur => rôle créateur du juge. L'insuffisance d'une loi (fonction de suppléance que le juge va exercer) peut être amenée du fait d'une inadaptation, dans le contexte précis, de la loi citée.

#### **L'article 5 du Code Civil : prohibition des arrêts de règlement**

« *Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises* ».

La limite de l'**article 4** est posée dans l'**article 5** qui pose le principe de la prohibition des arrêts de règlements : il relève la différence fondamentale à la force accordée aux décisions de justice entre le droit français et le droit anglais. Règle du précédent, il peut faire évoluer à condition de trouver des distinctions pour affiner la solution précédente. Donc, pour faire évoluer la jurisprudence, les juges doivent procéder par voie de distinction. Les juges ne sauraient se lier pour l'avenir en déclarant qu'ils jugeront de la même manière, selon les mêmes principes. Les juges sont désormais tenus de statuer sur les litiges qui leurs sont soumis mais ils sont tenu de rendre des décisions qui leur sont propres au cas d'espèce qui leur sont soumis sans que leurs décisions puissent avoir de valeur générale.



# Les précis de la Corpo



26

## L1 Droit – Équipe 3 – Premier semestre

L'article trouve son prolongement dans **l'article 1351 du Code Civil**, qui affirme l'autorité relative de la chose jugée : une décision rendue en dernier recours (autres voies de recours épuisées) prendra force de chose jugée, chose définitive. Mais cette autorité reconnue à la chose jugée n'est pas relative au droit car elle ne s'impose qu'aux parties au procès et à la demande précise qui a été faite. Elle n'a pas d'autorité absolue.

### **Formation d'une jurisprudence**

On définit la jurisprudence comme la solution habituellement donnée à un problème de droit.

En premier lieu, les motifs qui ont conduit les juges à donner une interprétation précise à un problème de droit considéré, ces motifs peuvent être convaincants et c'est donc normal qu'ils puissent être suivis. Il y a une sorte de loi d'imitation qui existe et qui est parfois le fait d'une certaine paresse d'esprit. Il y a une autre raison plus contraignante : l'autorité qu'elle exerce dans chacun des procès et sa fonction (de la cour de cassation) d'unifier l'interprétation de la jurisprudence (d'une certaine manière, impose une interprétation (mais pourra toujours changer)). Evidemment, la CC a une autorité de fait sur les juges, mais quand une cour d'appel a envie d'adopter une position différente de la cour, elle sait qu'elle peut prendre un risque de cassation. Il faut donc qu'il y ait un enjeu important pour qu'elle le fasse. L'autorité de fait de la cour de cassation explique la création d'une jurisprudence qui n'est pas incompatible avec la prohibition des arrêts de règlement et de la relativité de la chose jugée du moment qu'ils sont conciliés avec le pouvoir d'unification.

### **L'évolution contemporaine de la jurisprudence**

À l'époque contemporaine, on assiste à une montée en puissance très nette de la jurisprudence comme source de droit. Les relations qui se nouent entre la loi et la jurisprudence sont très complexes. La jurisprudence arrive ainsi à réécrire la loi, à son encontre parfois. La jurisprudence peut participer indirectement à l'élaboration de la loi, et elle peut pousser le législateur à faire des réformes législatives.

Les juges s'arrogent un droit d'interpréter les lois librement et ils sont amenés à le faire avec les lois nouvelles qui s'en remettent de plus en plus aux juges. Ils peuvent être sensibles à la situation particulière et statuer suivant sa propre conception de l'équité. Les juges français ont de plus en plus tendance à imiter les juges européens et aussi les juges étrangers et notamment anglais. Il y a un brassage entre les deux systèmes. Les relations entre la jurisprudence et la loi sont parfois très complexes. Il arrive que la jurisprudence participe à l'élaboration indirectement de la loi.

### **➤ La Cour de Cassation**

C'est la juridiction la plus élevée de l'ordre judiciaire. Elle est unique pour toute la République. Cela s'explique par la finalité d'unification des jugements (= fonction essentielle => unifier jurisprudence). Elle ne se prononce pas sur le fond. Ce n'est pas un troisième degré de juridiction. Elle ne se prononce pas sur le litige mais sur la qualité de la décision frappée de pourvoi. Il lui appartient de dire qu'à partir des faits souverainement constatés par les juges du fond, si le droit a bien été appliqué. Elle joue un immense rôle dans l'uniformisation de la loi.

Ce rôle, qui lui est attribué se retrouve dans son histoire. Il s'agissait d'un Conseil du Roi, ce Conseil avait seul le pouvoir de rendre la justice, et la déléguait. Il s'attachait donc à l'idée de justice retenue. Il pouvait aussi



# Les précis de la Corpo



27

## L1 Droit – Equipe 3 – Premier semestre

retenir ce pouvoir pour intervenir en annulant, en censurant une décision. Cette Cassation n'était pas offerte comme une voie de recours pour le justiciable, aux profits les particuliers : cette Cassation était un pouvoir régalien qui était le complément essentiel du pouvoir de légiférer, permettant d'asseoir l'autorité de législation du Roi, des ordonnances royales et d'empêcher les parlements de faire ce qu'ils voulaient, il impose une application unifiée. Cette pratique n'a cessé de s'affiner, de se renforcer jusqu'à la fin de l'Ancien Régime.

L'interprétation aujourd'hui est présidée par un premier président et est composée de six chambres: Une chambre criminelle, pour les affaires pénales,

5 chambres civiles entre lesquelles les pouvoirs sont répartis en fonction des matières (bureau de la cour) dont : 3 chambres civiles, droit des contrats, assurance etc., une 4<sup>e</sup> chambre commerciale et financière : droit commercial, financier et économique (droit des affaires) et une 5<sup>e</sup> chambre sociale : droit du travail. Ces 6 chambres sont des formations permanentes. Chacun a un président et des conseillers.

La Cour de Cassation connaît aussi des formations exceptionnelles et non permanentes :

- **L'Assemblée Plénière :**

Elle est composée du 1<sup>er</sup> Président, des 6 présidents et 6 doyens des Chambres et d'un conseiller de chacune des 6 chambres, elle est composée de 19 membres au total.

Le renvoi devant une assemblée plénière peut être décidé par le 1<sup>er</sup> président ou par la chambre initialement saisie. Ce renvoi peut être décidé de manière facultative lorsqu'une affaire pose une question de principe (qui peut intéresser plusieurs chambres). Autre hypothèse, elle est obligatoirement réunie lorsqu'après cassation d'un premier jugement la décision rendue par une CA de renvoi est attaquée par le même moyen. La juridiction de renvoi ne s'est pas pliée à la décision de cassation. La décision rendue en Assemblée Plénière va avoir une force et une portée particulière : la juridiction de renvoi est tenue de conformer à la décision de l'assemblée plénière sur les points de droit rendus par celle-ci.

- **La formation en Chambre Mixte :**

Elle n'est pas toujours identique. Une (on dit "une" car pas permanente) Chambre Mixte est composée du 1<sup>er</sup> président ou de son suppléant et des magistrats appartenant à des chambres différentes, mais pas nécessairement à toutes les chambres. Elle est créée lorsqu'il y a un conflit de compétence entre plusieurs chambres (au moins trois) et lorsque la question est susceptible de recevoir des solutions divergentes de la part des différentes chambres civiles.

Il existe différents types d'arrêts : arrêts de Cassation et arrêts de Rejet ; on distingue le contrôle normatif et celui disciplinaire.

- **Contrôle normatif :**

Il s'exerce sur l'interprétation des lois et sur les normes d'application de ces lois. On vérifie que les conditions d'application de la loi ont bien été respectées par le juge du fond.

Relève de ce contrôle de la loi:

- Contrôle de la violation de la loi.



# Les précis de la Corpo



28

## L1 Droit – Équipe 3 – Premier semestre

- Contrôle et censure du défaut de base légale dans le cas où le juge du fond n'a pas bien justifié sa décision, il n'a pas effectué les recherches de pur fait indispensable pour s'assurer que toutes les conditions légales étaient bien réunies.
- **Contrôle disciplinaire :**

La Cour de Cassation va vérifier et rappeler aux juges du fond ses obligations en matière de rédaction des décisions de justice et des règles procédurales.

Contrôle de la motivation des décisions de justice. La Cour de Cassation peut censurer des décisions qui ne sont pas suffisamment motivées ou si elle est motivée de manière contradictoire, obscure, dubitative sans pour autant désapprouver la solution donnée.

La portée qu'il faut reconnaître à un arrêt rendu par la Cour de Cassation est très variable selon le type d'arrêt dont il s'agit.

Parmi les arrêts qui peuvent avoir une portée importante => les arrêts de principes (s'opposent aux arrêts d'espèce) et certains arrêts de cassation mais pas uniquement.

### **Les arrêts de cassation pour violation de la loi :**

Ce sont des arrêts de principe reconnaissables à la présence d'un visa et d'un chapeau qui coiffe les motifs. Il reproduit le texte visé (et mal appliqué), dans l'hypothèse où il ajoute des mots ou un autre texte, la Cour de Cassation donne son interprétation du texte visé. C'est dans ce chapeau que se trouve l'essentiel des créations jurisprudentielles. Le « Mais attendu que » précise parfois que la loi a été violée par fausse ou mauvaise application.

### **Les arrêts de cassation pour défaut de bases légales :**

Le juge de fond n'a pas donné des motifs suffisants pour que la Cour de Cassation soit assurée du bon respect de la loi. Ils sanctionnent le fait, pour le juge du fond, de n'avoir pas recherché si toutes les conditions d'application factuelle de la loi avaient été bien appliquées. Ces arrêts présentent un intérêt sur le contrôle de qualification et de définition des notions. Il est composé d'un visa et parfois d'un chapeau intérieur.

### **Les arrêts de rejet à grande valeur :**

Ils peuvent rejeter un moyen qui est invoqué, tiré du fait du droit, de l'interprétation de la loi en utilisant certaines formules, expressions pour donner son approbation à l'interprétation des juges du fond. Ces arrêts peuvent comporter un chapeau intérieur.

**Les arrêts de rejet avec substitution de motifs (très rare) :** c'est l'hypothèse où le juge du fond a fait toutes les constatations de fait et rendu la bonne décision, mais avec de mauvais motifs. La Cour de Cassation devrait casser la décision, mais elle peut rejeter le pourvoi en substituant aux motifs du juge du fond ceux qu'elle prévoit. Ces arrêts comportent habituellement un chapeau intérieur.

**Les arrêts d'espèce :** On ne doit pas leur donner une portée de principe. C'est le cas des arrêts de cassation pour défaut ou insuffisance de motifs : il s'agit d'un contrôle disciplinaire.



# Les précis de la Corpo



29

## L1 Droit – Équipe 3 – Premier semestre

**Les arrêts de rejet sans intérêt :** Ce sont les rejets pour appréciation souveraine des juges du fond. La Cour de Cassation ne contrôle pas et n'approuve pas forcément la décision rendue.

## Les sources informelles

Les sources informelles sont différentes des sources réelles qui ne sont pas des sources du droit, mais seulement des interprétations. Elles n'obéissent pas à des règles de créations très précises. Elles sont spontanées. Ce sont des règles juridiques obligatoires qui font parties du droit positif, de création spontanée : essentiellement coutume, usage, création de la pratique.

Les sources formelles obéissent à des modes de création supposant la manifestation d'une source étatique. La coutume est un comportement social fortement enraciné et fait l'objet d'une croyance de nécessité par la population. Pour certains sociologues, elle a une force vitale pour nos institutions. Elle est faite des règles de droit, des principes, adages obligatoires, créés par la pratique d'un groupe social donné, et s'est imposée par la force de l'habitude. Les coutumes ont une forte influence et ont parfois été rédigées et compilées dans des textes écrits aux XV-XVIème siècles. Les coutumes du Nord de la France ont été au cours des XVème et XVIème siècles rédigées, mais sans devenir pour autant des lois, elles restaient des coutumes par leurs origines. Aujourd'hui la place de la coutume est secondaire, accessoire mais pas négligeable. Néanmoins, il existe encore des coutumes ayant force obligatoire et peuvent jouer un rôle encore important dans certaines régions surtout dans les territoires d'Outre-mer.

Une coutume, une habitude (norme) sociale devient règle de droit obligatoire avec deux éléments :

- Un élément matériel : une pratique largement et régulièrement suivie sur un territoire depuis un certain temps ; (il n'est pas indispensable qu'elle soit établie depuis des temps immémoriaux mais ancienneté suffisante, et cette ancienneté va être reconnue par les tribunaux au cas par cas) ;
- Un élément naturel et psychologique : une notion morale, un *opinio necessitatis* ou *juris*, la pratique doit être considérée comme obligatoire, légitime par la population et doit avoir la conviction qu'elle est respectée par les autres.

## La doctrine

La doctrine est l'ensemble des opinions écrites qui émanent des auteurs qui ont pour fonctions d'étudier le droit, de l'enseigner, de le pratiquer. Ce sont essentiellement les professeurs de droit, les avocats, les magistrats lorsqu'ils publient des analyses juridiques. Autant de personnes qui par leur publication, peuvent avoir une influence plus ou moins importante sur l'interprétation et l'évolution du droit. Elle est susceptible d'avoir une influence plus ou moins grande sur l'interprétation par le juge, la systématisation ou l'évolution du droit. On parle de doctrine autorisée à propos d'un cercle très restreint. Elle est très diverse et divisée. En principe les écrits doctrinaux ont toujours une ambition scientifique, analytique et synthétique. Ils proposent des constructions intellectuelles plus riches.



# Les précis de la Corpo



L1 Droit – Equipe 3 – Premier semestre

30

## Sources supranationales

### Traités et accords internationaux

#### ➤ **Primauté des traités et interprétation maximaliste de l'article 55**

Traité : accord conclu entre plusieurs États, il peut être bilatéral ou multilatéral.

On distingue ainsi les traités contrat et les traités lois :

- Les traités contrats créent des obligations réciproques entre états signataires sur un objet relativement précis (traité juridique, commercial). Ils sont souvent bilatéraux et ne lient que les États signataires et ne concernent pas les particuliers.
- Les traités lois ou normatifs créent des normes communes, des règles de droit uniformes : ce sont des dispositions normatives, des règles générales à l'usage des citoyens qui peuvent les invoquer directement devant les juges nationaux. Ils créent des règles communes et sont plus souvent multilatéraux

**L'article 53 de la Constitution** précise qu'un certain nombre de traités qu'il énumère (paix, commerce, finance, législatif qui modifie la législation nationale, état des personnes) ne prennent effet qu'après que le parlement les ait ratifiés en vertu d'une loi (il ne suffit pas qu'un traité soit signé par l'exécutif, il faut en outre que le parlement français ait accepté de le ratifier (par une loi) pour qu'il soit applicable. Sinon ils ne peuvent prendre effet.

**L'article 55 de la Constitution** précise que les traités ou accords régulièrement ratifiés ont dès leur publication une autorité supérieure à celle des lois sous réserve que chaque accord ou traité soit appliqué par l'autre partie : c'est une condition de réciprocité.

En réalité, cette dernière condition n'a que peu de portée pratique, ils sont généralement écartés pour les traités lois (les normes sont inégalement respectées, ce qui est gênant quand les traités ont pour but d'égaliser les conditions de la concurrence) mais une portée plus réelle pour les traités contrats.

La Cour de Cassation refuse aux juges d'interroger le gouvernement ou d'apprécier eux-mêmes si cette condition est bien respectée.

Cette condition ne peut être vérifiée que par le gouvernement qui peut dénoncer ou suspendre l'application des traités ou accords. Cela accroît parfois les inégalités.

#### **Portée de l'article 55 de la Constitution**

##### **Principe de primauté de la Constitution sur le traité**

**L'article 55** affirme la supériorité du traité sur les lois. Une loi portant sur un traité peut être soumise au contrôle du Conseil Constitutionnel pour en vérifier la conformité avec la Constitution (donc il vérifie le traité lui-même)



# Les précis de la Corpo



31

## L1 Droit – Equipe 3 – Premier semestre

mais le CC refuse de contrôler à la constitution le droit de l'UE (uniquement internationaux extra-européen). Pour éviter les censures, l'**article 54** aménage une procédure de contrôle préventive. Si le Conseil Constitutionnel déclare qu'un engagement international comporte une clause contraire à la constitution, la ratification peut se faire après modification de la constitution. Cela ne s'applique pas au droit communautaire.

### **Primaute des traités sur les lois ordinaires et contrôle de la conventionnalité des lois**

La supériorité des traités sur les lois est affirmée depuis la constitution de 1946, mais la portée de cette affirmation est demeurée limitée pendant de nombreuses années. Les juges ont longtemps limité la portée d'abord aux seules lois antérieures au traité :

On a admis très tôt que la ratification par le parlement d'un traité international contraire à une loi antérieure constitue de la part du parlement une abrogation tacite de la loi antérieure. C'est bien le parlement lui-même qui assure la mise à l'écart de la loi contraire au traité

Le problème survient avec d'adoption d'une loi nouvelle paraissant contraire aux dispositions d'un traité : le juge national est-il habilité à écarter l'application de cette loi pour faire prévaloir le principe constitutionnel de primauté du traité ?

La Cour de Cassation s'est longtemps efforcée d'exploiter toutes les ressources du raisonnement juridique pour tenter d'assurer une certaine compatibilité entre le traité et une loi postérieure contraire. On considérait que dans toute la mesure du possible, une loi contraire à un traité antérieur devait être interprétée comme réservant le jeu du traité comme ayant un champ d'application différent : la loi est de portée générale et le traité est un texte spécial.

Cela n'est pas toujours possible, dans ce cas-là, les juges s'interdisaient de contrôler la conformité des lois au traité préexistant et dès lors qu'il le faisait, on pouvait penser que le contrôle du respect de l'**article 55 de la constitution** relevait de la compétence du Conseil Constitutionnel, mais celui-ci l'a refusé en 1975 au moment de l'adoption de la **loi Veil par la décision du 15 janvier 1975**. Il a précisé que si l'**article 55** confère une autorité supérieure aux traités sur les lois, cela n'implique pas le respect de ce principe dans le cadre du contrôle d'une loi à la constitution (autrement dit entend limiter son contrôle à la seule conformité des lois à la constitution) mais il aurait pu le faire sur le fondement de l'**article 55** (une loi contraire à un traité et forcément contraire à l'**article 55 de la constitution**).

Cette interprétation n'allait pas de soi et cette décision a été diversement appréciée par la doctrine.

En se déclarant incompté pour contrôler la conformité des lois aux traités, il a poussé le juge à modifier sa jurisprudence ordinaire et à contrôler la conformité des lois. Ce fut d'abord le cas de la Cour de Cassation (avec l'**arrêt Jacques Vabres**) puis quelques années plus tard celui du Conseil d'Etat (cela paraissait le seul moyen d'assurer le contrôle de l'**article 5**).

**L'arrêt Jacques Vabres rendu en chambre mixte le 24 mai 1975** (rejet ayant une portée exceptionnelle) s'est prononcé sur des dispositions du code des douanes (1966) contraires à des dispositions du traité de Rome (1957) : la cour d'Appel de Paris avait déclaré illégal un texte sur les taxes des douanes prévu par le code des douanes car contraire au **traité de Rome** (antérieur à cette loi). La Cour de Cassation se réfère à la spécificité de l'ordre juridique créé par le traité de Rome. Cet arrêt précise que c'est sur le fondement de l'**article 55 de la**



# Les précis de la Corpo



## L1 Droit – Équipe 3 – Premier semestre

32

**constitution** que le traité de Rome a une autorité supérieure sur les lois et autorise le juge judiciaire à écarter l'application d'une loi postérieure au traité pour faire prévaloir la règle internationale. Cette interprétation de l'**article 55** ne s'imposait pas : la supériorité d'un traité sur la loi oblige seulement l'état signataire dont la responsabilité pourrait être engagée. L'**article 55** n'habilite pas le juge à évincer une loi nationale. Il faut concilier l'**article 55** avec le principe de séparation des pouvoirs : l'arrêt Jacques Vabres a créé une situation paradoxale : le juge ne peut pas contrôler la conformité d'une loi à la constitution, mais il peut écarter une loi contraire à un traité international.

Le conseil d'État est resté plus prudent (très hésitant) et a mis plus de 10 ans pour se rallier à la position de la Cour de Cassation par **l'arrêt Nicolo du 20 octobre 1989** : il s'agissait de dispositions contestées relatives au code électoral : il n'a pas écarté l'application de la loi, mais il a implicitement admis son pouvoir de le faire si une loi est contraire à un traité international.

### **Les conditions de contrôle (l'effet direct à l'application directe des conventions internationales)**

Le contrôle de conventionnalité a été enfermé dans des limites précises. L'application directe est normalement limitée à des principes, mais cela est de moins en moins respecté.

Pour qu'une convention internationale soit directement applicable, il faut qu'elle réunisse deux conditions :

- Le traité ne doit pas faire naître d'obligations à la charge des seuls États, mais faire naître des droits directs pour les ressortissants des États signataires. Toutes les conventions qui affirment des principes fondamentaux doivent faire naître des droits directs. Seul un recours contre l'État est possible.
- Pour conférer des droits directs, les dispositions doivent être suffisamment claires, précises et inconditionnelles : elles doivent présenter un caractère auto exécutoire.

Pour la convention de New York relative aux droits de l'enfant (les Etats-Unis ne l'ont pas ratifié), la Cour de Cassation a décidé d'une application sélective pour les dispositions assez précises : cette méthode était nouvelle car on considérait qu'un traité était tout entier auto exécutoire ou non.

### **Portée de la Convention**

Il ne faut pas confondre le droit issu du conseil de l'Europe (créé en 1949 pour créer un espace juridique, démocratique et comprenant des membres de l'UE) et celui issu de l'Union Européenne qui a été mis en place par le **traité de Rome** (dernier **traité en date Lisbonne 2007**). Le conseil de l'Europe a adopté plusieurs conventions relatives aux droits fondamentaux des citoyens. La première est la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales, appelée couramment la Convention Européenne des Droits de l'Homme (CEDH), est un traité signé au sein du conseil de l'Europe et qui lie ces 47 pays.

Elle a pour rôle de contrôler la mise en œuvre de la convention et contrôle des violations. Elle est composée par un nombre égal des pays contractants, les membres sont élus par le Conseil de l'Europe à partir de listes présentées par chaque État. Ils sont indépendants de leurs États (pas représentants) et sont élus pour 6 ans. Tout ce qui est dans la convention est déjà garanti dans notre constitution. La Cour Européenne des Droits de l'Homme (CEDH) a été créée en 1959.



# Les précis de la Corpo



33

## L1 Droit – Equipe 3 – Premier semestre

l'Homme peut être saisie par les États membres et par les particuliers : beaucoup plus fréquent, ils ont un droit d'action individuel autorisé par la France depuis 1981 ; ce droit d'action est ouvert à toute personne physique et morale, y compris les étrangers vivant dans un des États membres.

## L'ordre juridique européen

Dans le droit de l'Union Européenne (UE), on distingue le droit primaire et le droit dérivé. Le droit primaire est le droit communautaire original (traités ayant institués la communauté européenne). Le droit dérivé est le dérivé de ces traités : ils ont prévu que les institutions de l'UE pourront édicter des normes.

Il faut distinguer :

- Le règlement (adopté par le Conseil sur proposition de la Commission) qui a toujours un effet direct, et peut être invoqué par les particuliers et qui s'applique de manière uniforme à tous les États membres. Il s'applique comme une loi nationale et ne laisse aucune latitude d'adaptation.
- La directive européenne, qui tend à l'unification des règles nationales est beaucoup plus souple, laisse une marge d'action aux États : elle fixe des objectifs à atteindre mais laisse chaque pays libre de choisir les moyens à mettre en œuvre pour atteindre le résultat visé. Elle doit faire l'objet d'une transposition par les États membres. Un délai est laissé par la directive aux États membres. À l'expiration de ce délai sans avoir effectué la transposition, celle-ci peut avoir un effet direct vertical (c'est-à-dire qu'elle joue dans les relations entre les particuliers et l'État : les particuliers peuvent agir contre l'État devant la Cour de Justice de l'UE (CJUE) et parfois devant les juridictions nationales).

Les institutions qui peuvent secréter ce droit dérivé sont :

- Le Conseil Européen (organe essentiel de décision, sommet des chefs d'État membres ou des chefs de gouvernement des 47 États membres). C'est lui qui adopte les règlements et fixe l'impulsion de la politique de l'Union Européenne.
- Le Conseil de l'Union Européenne (ou conseil des ministres) décide d'un certain nombre d'actes législatifs (règles de droit) et regroupe les ministres compétents dans le domaine de l'acte délibéré (27 membres).
- La Commission Européenne : La Commission Européenne est composée de membres désignés par les pays mais ils ne représentent pas leur pays. Elle veille à l'application des textes européens par les différents pays et peut exercer des recours en manquement. Elle a l'initiative et le monopole d'initiative en matière de règles européennes, ainsi qu'un droit de veto. Le Conseil des Ministres ne peut adopter que des règles proposées par la Commission. Cette Commission a seule le pouvoir de proposition.
- Le Parlement Européen, directement représentatif des populations (les membres sont élus au suffrage universel), n'a pas d'initiative législative. Elle a un pouvoir de veto et de codécision, un pouvoir de contrôle. Beaucoup de textes de la commission ne peuvent pas être adopté par le Conseil de l'UE sans l'accord du Parlement (codécision avec le Conseil de l'UE). Son rôle est restreint par rapport à un Parlement national.
- La CJUE (Cour de Justice de l'Union Européenne) qui siège à Luxembourg et qui a pour fonction de veiller au respect du droit de l'UE et de son interprétation uniforme. Quand les juridictions nationales ont



# Les précis de la Corpo



34

## L1 Droit – Equipe 3 – Premier semestre

des difficultés dans l'interprétation, elles doivent sursoir à statuer et renvoyer la question préjudiciale à la CJUE.

### La réalisation du droit

#### **Identification de la loi applicable**

##### ➤ Application de la loi dans l'espace

###### **1<sup>er</sup> correctif**

Une loi française n'a vocation à s'appliquer que sur le territoire français : c'est le principe de la territorialité des lois qui correspond à l'étendue de chaque souveraineté nationale. L'unité de la législation nationale n'est pas un principe absolu. Certaines collectivités d'outre-mer comme la Polynésie française bénéficient de transferts de compétences qui ont été admis entre le parlement et la collectivité d'outre-mer qui peut adopter des actes appelés droit du pays adaptés aux particularismes locaux en matière de droit commercial et de droit des biens dans des domaines qui relèvent normalement du droit national.

###### **2<sup>ème</sup> correctif**

Même si la loi française a normalement vocation à s'appliquer sur l'ensemble du territoire, il arrive que dans le cadre d'une activité juridique donnée (commerciale par exemple) ou au sein d'une institution juridique donnée (mariage par exemple) interviennent des évènements d'extranéité qui peuvent conduire à écarter en France l'application de la loi française pour appliquer exceptionnellement une loi étrangère ou étendre à l'étranger l'application de la loi française. C'est le cas lorsque les activités mettent en présence deux personnes de nationalités différentes (ex mariage entre ressortissant français et une personne d'une autre nationalité ; personne ayant des activités professionnelles dans d'autres pays). Dans toutes ces situations, il s'agit de déterminer la loi applicable. On est en présence d'un conflit de lois (loi nationale et étrangère sont en concurrence) et il faut déterminer quelle loi est applicable. La France a ses propres règles de conflits de lois et elles font une distinction majeure entre d'une part le droit public et le droit pénal (droits où prédomine la nécessité de sauvegarder l'intérêt général). Elles sont dominées par le principe de territorialité suivant lequel la loi applicable est celle du pays où la situation se réalise. La loi pénale applicable serait celle du pays où le crime a été commis.

Pour les biens, on applique en principe la loi du lieu de situation du bien (loi relative au statut réel) avec là aussi de multiples aménagements pour tenir compte du particularisme de certains biens (ex : navire et aéronef => loi où se situe le pavillon).

Pour les faits juridiques générateurs de responsabilité civile, on applique le principe territorial.



# Les précis de la Corpo



35

## L1 Droit – Équipe 3 – Premier semestre

Pour les contrats la loi de conclusion du contrat peut s'appliquer et va régir les règles de forme du contrat. Le principe qui domine en droit international privé des contrats est la loi d'autonomie (loi choisie par les parties).

### ➤ Application de la loi dans le temps

#### **Durée des lois**

La loi a une durée d'application qui s'étend de sa date d'entrée en vigueur jusqu'à son abrogation. Le fait qu'une loi nouvelle soit entrée en vigueur ne signifie pas qu'elle va immédiatement se substituer à la loi ancienne pourtant abrogée, elle ne va pas régir immédiatement toutes les situations que régissait l'ancienne loi. Pour garantir la sécurité juridique des personnes il y a un grand nombre de situations dans lesquelles on voit surgir un conflit de loi où il va falloir choisir entre l'application de la loi ancienne et l'application immédiate de la loi nouvelle.

Une fois la loi votée par le parlement, elle devient applicable sous deux conditions :

1) La promulgation permet à la loi d'apparaître au Journal Officiel et d'y entrer en vigueur. Différence entre la loi et le règlement. Les actes réglementaires, œuvres du pouvoir exécutif n'ont pas à être promulgués (ils sont exécutoires par nature).

La promulgation résulte d'un décret du président de la République par lequel le chef de l'état donne l'ordre aux autorités publiques d'observer et de faire observer ces lois. Il en ordonne l'exécution. C'est à partir de cette promulgation par décret que la loi devient exécutoire.

Le président de la république doit promulguer la loi dans les quinze jours qui suivent la transmission au gouvernement du texte définitivement adopté par le parlement étant entendu que ce délai est suspendu en cas de saisi du conseil constitutionnel.

2) La date de la loi n'est pas la date de son entrée en vigueur: c'est sa date de promulgation à ne pas confondre avec la date d'entrée en vigueur qui est subordonnée à une deuxième condition qui est la publication. Elle doit être connue de tous les citoyens. La loi doit être publiée au journal officiel en version papier et sous forme électronique sur le site officiel du journal officiel et sur Légifrance. La publication électronique a la même valeur authentique que la publication sur une version papier. Cette exigence de publication vaut pour toutes les lois et les ordonnances. La date d'entrée en vigueur de la loi ne coïncide pas nécessairement avec la date de publication au journal officiel. La loi nouvelle peut prévoir elle-même la date de son entrée en vigueur. Elle peut même fixer les dispositions transitoires.

Si la loi ne comporte aucune précision sur son entrée en vigueur : elle aura lieu le lendemain de sa publication. Néanmoins certaines dispositions de la loi nouvelle peuvent nécessiter des mesures d'application. L'entrée en vigueur des dispositions légales qui ne sont pas auto-exécutoires est reportée à la date d'entrée en vigueur du décret d'application. Il suffit que le juge puisse constater que des dispositions légales soient insuffisantes à elles seules pour être mises en œuvre, il n'est pas nécessaire que la loi exprime explicitement que certains dispositions nécessitent un décret.



# Les précis de la Corpo



36

## L1 Droit – Équipe 3 – Premier semestre

Le pouvoir exécutif a la maîtrise de l'entrée en vigueur de la loi. Seuls les textes européens ne sont pas publiés au JO français mais au JO européen.

Il arrive parfois qu'après la publication d'une loi nouvelle, des rectificatifs (errata/erratum) soient publiés pour des erreurs matérielles ou des omissions.

Une fois que la loi est promulguée, publiée et entrée en vigueur, elle revêt un caractère obligatoire ; elle est présumée être connue de tous et s'applique alors l'adage : « *nemo censemur ignorare legem* ». Nul n'est censé ignorer la loi. Elle a un caractère irréfragable.

Les lois peuvent avoir par nature un caractère temporaire. Mais le plus souvent, la loi a vocation à la permanence, à la durée, pour un temps indéterminé.

En cas d'absence de terme, la loi ne cesse de s'appliquer que lorsqu'elle est abrogée :

- L'abrogation peut être expresse : la loi nouvelle précise qu'une loi antérieure est abrogée, cela ne concerne souvent que certaines dispositions et plus rarement un texte entier.
- L'abrogation peut être tacite / implicite : le texte nouveau ne comporte aucune formule d'abrogation expresse, mais la loi nouvelle comporte des dispositions incompatibles avec la loi antérieure. On peut en déduire que les dispositions nouvelles abrogent les dispositions anciennes. Néanmoins le juge hésite beaucoup avant de reconnaître une abrogation tacite : il va essayer de les concilier et les faire cohabiter avec des champs d'application différents. La Cour de Cassation n'admet l'abrogation tacite qu'en cas d'incompatibilité totale entre les deux textes. (Impossibilité de les concilier) On considère que la loi la plus récente vient abroger la loi ancienne.

### ➤ **Conflit de la loi dans le temps**

Deux lois qui se succèdent dans le temps peuvent entrer en conflit dès lors que certaines situations juridiques se sont constituées sous l'emprise d'une loi ancienne et ne peuvent pas être perturbées par un changement de loi applicable. Par hypothèse, quand il y a un changement de loi, c'est que la loi ancienne n'est plus bonne selon le parlement. Mais l'impératif de sécurité juridique commande de respecter le passé. L'objet des lois transitoires est de délimiter l'étendue exacte des lois dans le temps.

On se trouve avec un problème pour les contrats à exécution successives (ex : bail). **L'article 2 du Code Civil** ne nous renseigne pas vraiment sur la continuité (ex : paiement de loyers futurs).

Les réformes législatives répondent en principe à des besoins nouveaux et en principe à améliorer le droit existant. Le code civil ne pose qu'une seule règle générale à l'**article 2** qui est insuffisante : « *La loi ne dispose que pour l'avenir; elle n'a point d'effet rétroactif* ». Pas d'effet rétroactif = n'efface pas le passé ; dispose pour l'avenir : ne s'applique que pour l'avenir. L'**article 2** prête à des interprétations diverses si on met l'accent sur le premier morceau de phrase ou sur le deuxième. Un certain nombre de constructions doctrinales en découlent.



# Les précis de la Corpo



## L1 Droit – Equipe 3 – Premier semestre

37

### Présentation des constructions doctrinales

#### Théorie des droits acquis

C'est la doctrine qui a prévalu au XIXème et début du XXème siècle, dont il reste des traces. C'est la doctrine classique qui privilégie la sécurité juridique et tendait à respecter l'ancienne loi, en donnant une interprétation maximale de la deuxième partie de **l'article 2 du Code Civil**.

Selon cette doctrine, **l'article 2** signifiait non seulement que la non-rétroactivité (la loi nouvelle) ne peut pas effacer les effets déjà produits mais signifiait également que la loi nouvelle ne pouvait pas priver des particuliers des droits valablement constitués et dont ils pouvaient espérer la poursuite. Les droits légalement acquis sont définitivement entrés dans le patrimoine de la personne au moment du fait génératrice même si les termes ne sont pas échus. Même les droits futurs. Pour cette théorie, seule la date de naissance des droits, c'est à dire le fait générateur du droit doit être prise en considération et non sa date de mise en œuvre. Dans l'article 2, cette doctrine ignorait la première partie de l'article.

#### Théorie de l'effet immédiat de la loi nouvelle

Une seconde théorie a eu une influence beaucoup plus grande sur le droit positif.

Le doyen Roubier, auteur d'un ouvrage fondamental publié en 1929 et intitulé *Les Conflits de lois dans le temps*, propose une nouvelle lecture de **l'article 2 du code civil** en privilégiant la première partie de cet article : la loi dispose pour l'avenir. Mais il n'ignore pas totalement la deuxième.

Il propose le principe de l'effet immédiat : la loi nouvelle doit primer pour l'avenir dès son entrée en vigueur. La situation juridique suppose des droits et des obligations qui ont une certaine vocation à la durée : ils ne se créent pas et ne s'éteignent pas en un moment instantané mais créent des effets successifs. La situation juridique peut être légale ou contractuelle suivant son origine et la source qui va régir ses effets.

Les situations juridiques légales sont régies uniquement par la loi sans que la volonté des particuliers puisse intervenir – elle ne pourrait intervenir que comme élément déclencheur de l'application du statut légal. Les effets de l'acte sont régis par la loi.

Les situations contractuelles sont créées et régies par la volonté des parties, le contrat en conformité avec la loi. Le contrat suppose une rencontre de volontés et est lui-même créateur d'obligations.

Selon le principe de l'effet immédiat tel qu'il a été formulé par Roubier, il résulte que la loi nouvelle doit régir les situations qui sont en cours de constitution ou en cours d'extinction, à supposer que la constitution soit elle-même un processus qui s'étale dans le temps. Elle régit les effets futurs des situations en cours sans la moindre rétroactivité (en train de conclure un contrat qui n'a pas fini d'être conclu). Pour Roubier, cela se justifie par la qualité de la loi nouvelle et une unité de la législation. La théorie de Roubier a plus d'influence que la théorie classique sur la jurisprudence : elle imprègne le droit positif contemporain.



# Les précis de la Corpo



38

## L1 Droit – Equipe 3 – Premier semestre

### **Principe de non-rétroactivité des lois**

Le principe de non-rétroactivité est indispensable pour préserver la sécurité juridique des personnes qui, par hypothèse, se sont conformées à la loi et qui n'en n'ont pas prévu les modifications. Elles ont réalisé un fait juridique non prohibé par la loi et ont le droit à la sécurité juridique. Ce principe interdit de revenir sur la constitution passée d'une situation juridique donnée qu'elle soit légale ou contractuelle : on ne peut détruire ce qui a été réalisé par le passé. Le principe de non rétroactivité signifie que la loi nouvelle ne peut pas revenir sur les effets passés d'une situation juridique antérieurement constituée. De la même manière, le principe de non rétroactivité signifie que la loi ne peut pas s'appliquer à des faits juridiques qui se sont produits avant son entrée en vigueur.

L'**article 2 du Code civil** qui énonce le principe de non rétroactivité est un texte législatif.

Il y a des exceptions traditionnellement admises au principe de non-rétroactivité :

- La principale qui revêt un caractère constitutionnel concerne la loi pénales plus douces (qui supprime ou adoucie une sévérité), à la condition qu'une décision définitive ne soit pas intervenue. On ne peut pas toujours définir si la loi est plus douce ou plus sévère.
- Une loi interprétative est normalement rétroactive (c'est une loi qui vient préciser le sens à donner à une loi antérieure). Cette fonction d'interprétation lui confère un caractère rétroactif dès lors que l'interprétation nouvelle va s'incorporer à la loi qu'il interprète. Néanmoins, la Cour de Cassation exerce un contrôle sur le caractère interprétatif de la loi.
- Les lois de validation : elles confèrent, de manière rétroactive, une validité à des actes passés ou à des situations réalisées sous l'empire de la loi passée. C'est seulement une loi et non un règlement. Des lois peuvent venir valider des actes privés, des contrats, des conventions collectives que la jurisprudence n'avait pas accepté. Une loi de validation vient briser une jurisprudence antérieure, vient mettre fin à une interprétation d'un tribunal. La loi interprétative, comme la loi de validation n'a pas pour but d'influencer le déroulement d'un procès en cours.

### **Effet immédiat de la loi nouvelle**

Dès son entrée en vigueur, la loi nouvelle s'applique pour le présent et pour l'avenir. Elle ne régit pas le passé. La portée de l'application immédiate n'est pas toujours facile à définir. S'agissant des modes de constitution, le principe d'application immédiate ne fait aucun doute. Il en va de même pour les effets des situations légales même s'ils ont été constitués avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle.

L'application de la loi nouvelle suppose de distinguer des modes de situations : situation légale ou contractuelle => principe de l'application immédiate ne fait aucun doute quand ces situations sont postérieures à la loi nouvelle.

Il en va de même pour les effets futurs des situations légales qui se sont constituées avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle : enfant né, divorce, mariage => la loi nouvelle va s'appliquer immédiatement pour les effets futurs de cette situation => Seul le législateur à la maîtrise des situations légales.



# Les précis de la Corpo



39

## L1 Droit – Equipe 3 – Premier semestre

### **Revirements de jurisprudence**

Le juge peut toujours modifier ses modes d'interprétation d'une même loi. La Cour de Cassation rappelle régulièrement que le principe de sécurité juridique ne permet pas de consacrer un droit acquis à une jurisprudence figée.

Donc il n'y a pas de droit acquis à la stabilité de la jurisprudence. Un revirement est donc forcément rétroactif et déjoue toujours les prévisions des parties. Les inconvénients ont été limités et tempérés par une certaine sagesse des juges pour ne pas trop déjouer les pronostics de manière trop violente et imprévisible. Ces revirements étaient soigneusement préparés et progressifs pour que les justiciables puissent les prévoir et les adapter. Le Conseil d'État et la Cour de Cassation procédaient de manière graduée, apportant de manière imperceptible des nuances, retouches, exceptions mineures. La prohibition des arrêts de règlement donne la capacité au juge d'opérer des revirements. La Cour de Cassation met souvent en avant le fait que le principe de sécurité juridique ne saurait assurer un droit acquis à une jurisprudence figée.

### **Réalisation judiciaire des droits subjectifs, le droit de la preuve**

### **La mise en œuvre des droits subjectifs**

#### **L'exercice des droits subjectifs et leur réalisation contentieuse**

Lorsque par l'effet d'un acte ou fait juridique, une personne est titulaire d'un droit subjectif, elle a la disposition et la jouissance de ce droit. Le titulaire peut user personnellement et totalement du droit, sans autre limite que l'abus qui pourra être sanctionné. Le titulaire peut aussi transmettre la plupart de ses droits ou en provoquer l'extinction. Pour que l'exercice de ce droit soit complet, l'infraction doit être sanctionnée. La mission de la loi n'est pas juste de définir les prérogatives, mais aussi d'organiser les sanctions de la violation par diverses voies de droit. Les droits subjectifs reconnus par le droit objectif seraient privés de toute efficacité si leurs titulaires n'étaient pas protégés contre d'éventuelles atteintes.

#### **Transmission des droits subjectifs**

Les droits et obligations dont une personne est titulaire peuvent naître directement sur la tête de cette personne ou provenir d'une autre personne qui en était titulaire et lui a transmis. On distingue les modes originaires d'acquisition des droits, des modes dérivés (acquisition par les différents modes de transmission de droits préexistants).

Dans le domaine des droits extrapatrimoniaux, l'acquisition ne peut se faire que par un mode original car ils ne sont pas transmissibles. Les droits patrimoniaux personnels peuvent être acquis par contrat. Les droits réels et personnels peuvent être transmis.



# Les précis de la Corpo



40

## L1 Droit – Équipe 3 – Premier semestre

La transmission peut résulter de la volonté des parties (contrat), d'une volonté unilatérale (testament), des effets de la loi (personne décédant sans avoir laissé de testament : les droits réels et droits de créance sont transmis aux héritiers selon l'ordre successoral légal). La créance peut être un titre, peut circuler, peut faire l'objet de spéculations. La transmission peut résulter du créancier, du débiteur, de la transmission.

### L'extinction des droits subjectifs

La disparition d'un droit peut parfois résulter de la volonté du titulaire du droit : le propriétaire d'un droit mobilier peut s'en séparer. Pour un bien immobilier il n'y aura pas d'extinction d'un droit sinon c'est transmis à l'État ou à la commune. Elle peut résulter de la volonté du débiteur qui exécute son obligation, ceci éteint le droit de créance. Cela peut résulter de la volonté du créancier qui peut diminuer tout ou partie d'une dette ; ou en dehors de la volonté du titulaire par l'éventuelle disparition de la créance. Pourtant ce n'est pas exactement la même chose : à l'issue du délai de prescription, le titulaire du droit subjectif perd son droit d'action en justice. Le droit n'est pas éteint, mais ne peut plus faire l'objet d'une action en justice, le droit ne disparaît pas totalement. Cela prouve que le droit de créance subsiste.

## Le droit de la preuve

Il ne servirait à rien d'être titulaire d'un droit si on ne peut pas prouver l'existence de ce droit : c'est la même chose que de ne pas avoir de droit ou de ne pas pouvoir le droit. La preuve est nécessaire à la réalisation judiciaire du droit. L'ensemble du droit probatoire est assez complexe.

« *Idem est non esse et non probari* » : quand un droit ne peut être prouvé et bien de fait c'est la même chose que s'il n'existe pas.

L'écrit devient une preuve incontournable à partir du XIII<sup>e</sup> siècle. L'écrit s'inscrit dans l'idéal de justice que sous-tend l'existence même du droit. Selon **l'article 10 du Code de Procédure Civile** : « *Chacun est tenu d'apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité.* ». En effet, la vérité est le plus souvent le but de la preuve.

Le droit accrédite parfois des fictions qui sont de probabilité de vérité. Il existe des présomptions légales de vérité et des modes de preuves très difficiles à remettre en cause.

### ➤ Objet, charge et risque de la preuve

*L'objet de la preuve répond à la question : de quelle preuve s'agit-il ?*

*La charge de la preuve répond à : à quelle personne incombe-t-il d'apporter la preuve ?*

#### **Objet de la preuve**

Une fois que le demandeur ou le défendeur a apporté la preuve, le juge apporte le droit correspondant.



# Les précis de la Corpo



41

## L1 Droit – Équipe 3 – Premier semestre

### La preuve des faits

Au terme de **l'article 9 du Code de Procédure Civile**, il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention. Le but est toujours de prouver la reconnaissance des droits subjectifs. Il faut trouver les éléments de preuve qui permettent une affirmation de la possession du droit. Il arrive que la preuve de certains faits soit interdite, car la preuve de ce fait subjectif n'est pas admise, pas légitime. Seuls sont objets de preuve les faits contestés et contestables.

Si les deux parties approuvent la preuve, il n'y a plus de droit de preuve pour les faits en accord. Il n'y a de droit de preuves que pour les éléments litigieux. **Article 1349 du Code Civil** : « Les présomptions sont des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu. »

Ces preuves sont des présomptions lorsque la loi ou le magistrat les tire d'un fait connu pour aboutir à un fait inconnu. Un fait inconnu qu'on n'arrive pas à prouver peut être déduit d'un autre fait plus facile à prouver.

La preuve d'un fait négatif : prouver que l'on n'était pas un endroit donné alors que tout y laisse penser, prouver un fait improvable est une preuve très difficile à rapporter : « *probatio diabolica* ». (=preuve diabolique). On a aussi recours à la méthode des présomptions légales, comme la présomption de paternité.

**Article 1352 du Code Civil** : « La présomption légale dispense de toute preuve celui au profit duquel elle existe ».

Une présomption irréfragable est une preuve qui n'admet pas son contraire, qui ne peut être contrariée. Dans une décision, le terme « réputé » désigne une présomption irréfragable, le problème probatoire n'existe plus.

### La preuve du droit

Un adage est conçu ainsi : « *Nul n'est censé ignorer la loi* » => il n'est pas nécessaire de prouver la loi. Le juge doit contrôler les qualifications avancées par les parties. **Article 12 du Code de Procédure Civile** : « *Le juge doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits ou actes litigieux.* ». Les parties n'ont qu'à prouver le fait. Néanmoins, pour certaines règles de droit particulières (convention collective de travail), les parties doivent coopérer.

Lorsqu'une coutume ou un usage sont invoqués (et donc non écrits), et non publiés, le fait de ne pas prouver la loi ne s'applique pas, les parties doivent prouver l'existence de la coutume (usage, généralité, ancienneté), et sa teneur (contenu).

### Charge et risque de la preuve

On parle de charge, ou de fardeau de la preuve. La charge est la preuve contraire qui repose sur chaque partie, par alternance. Il s'agit de casser, par une allégation contraire, la preuve avancée par l'autre partie. Un rôle beaucoup plus actif dans la charge de la preuve est donné aux parties dans le procès civil.

Le principe contradictoire (ou de contradiction) : Les preuves d'une partie ne peuvent pas être communiquées directement au juge, à l'insu de l'autre partie. Les preuves sont simultanément transmises à la partie adverse et au juge pour permettre un débat contradictoire.



# Les précis de la Corpo



42

## L1 Droit – Équipe 3 – Premier semestre

**Article 10 du Code de Procédure Civile** : « *Le juge a le pouvoir d'ordonner d'office toutes les mesures d'instruction légalement admissibles* ».

**Article 9 du Code de Procédure Civile** « *Il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention* » consacre le principe dispositif il oblige les parties d'alléguer et de disposer ce qui est nécessaire pour combattre la partie adverse. Chacune de parties à un rôle à jouer dans le procès civil.

**Article 1315 du Code Civil : alinéa 1** : « *Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver.* » La charge d'une preuve incombe au demandeur, c'est celui qui revendique l'exécution d'un droit subjectif qui doit le prouver.

**Alinéa 2** : « *Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation.* ». Il doit lui-même donner la preuve de sa libération.

### ➤ Les modes de preuve

#### **Typologie des modes de preuves admissibles**

##### **Les preuves écrites, littérales, préconstituées**

Ces modes de preuve sont considérés comme un mode de preuve parfait, que le juge doit retenir, on ne peut les combattre qu'en apportant une autre preuve écrite. Les parties ont la possibilité de rédiger des écrits qui serviront de preuves préconstituées. Un principe est fondamental : « *Nul ne peut se constituer de preuves à lui-même.* » Dans, certains cas, on s'en contente, lorsqu'elles peuvent être fiables : les relevés téléphoniques, de consommation d'eau ou d'électricité, les listings informatiques. Ce sont des preuves qui peuvent être vérifiées.

Une preuve préconstituée est constatée par écrit par les deux parties : l'*instrumentum* constate l'acte juridique (lui-même sert à prouver l'acte juridique), il est indispensable à la validité du contrat. Le contrat (échange des consentements) est appelé *negotium*. Si le contrat est verbal, on pourra exiger un *écrit ad probationem*.

On distingue :

- L'acte demandé à titre de validité : l'*écrit ad validitatem*. Est requis pour montrer la validité, l'existence d'une opération.
- L'acte demandé à titre de preuve : l'*écrit ad probationem*. Est requis pour prouver l'existence d'une opération en cas de litige.

Les preuves écrites préconstituées sont elles-mêmes de plusieurs types, la distinction essentielle est celle entre les actes authentiques et les actes sous seing privé.

L'acte authentique est reçu par un notaire et signé par cet officier public : **Article 1319 du Code Civil**. Sa signature est obligatoire pour authentifier l'acte. La rédaction de cet acte obéit à un formalisme particulier relatif notamment pour la signature : en cas d'irrégularité de forme, l'acte sera nul en tant qu'acte authentique mais aura simplement la force probante d'un acte sous seing-privé. Sa caractéristique est qu'il a une force probante très forte, car elle ne peut être contestée que par la procédure d'inscription de faux, suite à laquelle le notaire



# Les précis de la Corpo



43

## L1 Droit – Équipe 3 – Premier semestre

est possible d'une sanction pénale. Cette force ne porte pas sur toutes les mentions de l'acte, elle englobe de manière certaine la date de l'acte et l'identité des parties, la signature

Dans l'acte sous seing privé, la signature a une importance d'autant plus forte qu'elle est le seul élément sûr de l'acte. Selon **l'article 1315-4 du Code Civil**, elle authentifie l'acte. Pour l'authentification, on doit s'en remettre à un procédé fiable d'identification, propre au signataire. La preuve contre = contester une mention dans l'acte et outre = contenu. Sous seing privé => convention synallagmatique. Chacun doit avoir en sa possession un original (sauf si les parties décident d'un exemplaire unique donné à un tiers : notaire, avocat). Si l'acte constate un engagement de payer une somme d'argent, le montant ou la quantité doit être inscrite en chiffre et en lettres => permet de mesurer l'importance de l'engagement. Un acte qui relate une convention synallagmatique (bilatérale), un contrat de vente, etc. est soumis à la règle du double original.

Autre formalité : **article 1326 du Code Civil** : si l'acte constate un engagement à verser une somme d'argent ou des choses fongibles (qui ne peuvent être comptées qu'en quantité), alors la somme ou la quantité doivent être inscrites en chiffres et en lettres (si il y divergence entre les deux, on s'accorde à la valeur écrite en lettres).

### Les autres modes de preuves

**Copies de preuve écrite** : **l'article 1348, alinéa 2** reconnaît une force probante autonome aux copies lorsqu'elles sont la reproduction fidèle et durable du premier exemplaire (en cas de perte ou de destruction de l'original) notamment lorsqu'elle est authentifiée par un organisme public. Les copies (ex : photocopie, fax) ne peuvent pas valoir en elles-mêmes, mais sont des commencements de preuves par écrit.

**Les lettres missives et les journaux intimes** : ne peuvent être produits comme preuves que par le destinataire, ou parfois produits selon la manière dont on en est entré en possession : une entrée en possession et une utilisation loyale de ces preuves. Les registres et livres des commerçants peuvent faire foi contre eux, mais ne font pas foi pour eux contre d'autres marchands.

**Les témoignages** : portent sur des faits dont le témoin a eu personnellement connaissance, qu'il a personnellement vécus. On distingue ainsi le témoignage (preuve testimoniale) de la preuve commune renommée (=la rumeur), par oui dire (ce qui a été entendu/rapporté), qui n'est pas recevable en théorie.

**L'aveu** : longtemps considéré comme la reine des preuves en pénal, on s'en méfie aujourd'hui. Il doit être exprès et conscient. Il peut arriver qu'on admette un aveu tacite mais il doit être dépourvu d'ambiguité. L'aveu n'est jamais admis lorsqu'il est assimilé à une renonciation de droit ou que la personne ne dispose pas de ses droits (ex: mineur).

On distingue :

- L'aveu judiciaire : fait en justice devant l'instance même au cours de laquelle le fait avoué est débattu, dans des conditions écrites ou orales lors de l'audience, adressé au juge. «*Il fait pleine foi contre celui qui l'a fait* » **article 1356 alinéa 2**, il n'y a plus de contestation possible => le juge n'a pas de pouvoir d'appréciation. L'aveu est indivisible (au visa de **l'article 1356 alinéa 3 du Code Civil** : on ne peut pas en retrancher quoi que ce soit. L'aveu judiciaire est en principe irrévocabile sauf une erreur de fait.



# Les précis de la Corpo



44

## L1 Droit – Équipe 3 – Premier semestre

- L'aveu extrajudiciaire (beaucoup moins de valeur) : fait des circonstances annexes (autre instance, lettre au demandeur, etc.), peut être utilisé, mais sa valeur va être laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond. Il peut être divisé et rétracté.

**Le serment :** affirmation solennelle par une personne d'un fait réellement vécu par elle. La personne prête serment d'un fait qui lui est favorable (contrairement à l'aveu).

On distingue deux types de serments dont la valeur diffère :

- Le serment décisoire (**article 1357-1 du Code Civil**) décide de la contestation et est déterminant. C'est celui selon lequel une partie revient sur sa demande, une partie défère à l'autre. Une partie demande à l'autre de prêter serment, elle renonce à sa propre prétention si l'autre affirme sous serment que ses prétentions sont exactes (demande une grande confiance en l'honneur de son adversaire). Il fait pleine foi et s'impose au juge. Cela équivaut l'aveu judiciaire.
- Le serment suppléatoire est demandé par le juge à l'une des parties, c'est rare et suppose qu'il existe déjà des preuves mais qui paraissent insuffisantes au juge. Il existe un commencement de preuve par écrit, mais le juge veut un ajout sous serment en faisant appel à l'honneur, pour confirmer son impression. La force du serment suppléatoire est moindre que le serment décisoire (car il y a un accord en quelque sorte) alors que le juge reste libre de son appréciation.

## Les règles d'admission des preuves

On distingue deux grands systèmes de preuves qui coexistent :

- Un système de la preuve légale où la loi détermine la valeur des modes de preuves et exige parfois certains modes selon les conditions (pour apporter la preuve d'un acte ou d'un fait particulier). Le juge est obligé de tenir pour vrai ce mode de preuve, de reconnaître la force probante que la loi attribue à tel ou tel mode de preuve).
- À l'opposé il existe des systèmes de preuves libres : les parties peuvent choisir les modes de preuves qu'elles entendent produire, avec comme limite la loyauté. Une grande liberté est accordée au juge pour former sa conviction (convaincu par certaines preuves et pas par d'autres).

Normalement dans les actes, les preuves sont libres. Mais il y a des exceptions à la preuve des faits juridiques notamment.

### 1<sup>ère</sup> exception

Les faits générateurs nécessitant des preuves formelles : les naissances et les décès doivent être déclarés sur preuve d'un acte d'état civil. L'objectif de la sécurité juridique impose parfois des preuves légales. Quand on parle de la preuve des actes juridiques, il s'agit de la preuve qui doit être rapportée par la partie. Contrat = règle de preuves légales, pour un tiers c'est comme un fait juridique alors preuve libre.

- **Pour les faits juridiques :** tous les moyens de preuves sont acceptés. Les juges ont un pouvoir suprême d'appréciation. Chaque partie à la charge d'apporter des preuves. C'est celui sur qui pèse légalement la charge qui prend le risque de perdre son procès s'il ne convainc pas.



# Les précis de la Corpo



45

## L1 Droit – Equipe 3 – Premier semestre

- Pour les actes juridiques** : la question de la preuve est vue dans **l'article 1341 du Code Civil**. Il en résulte qu'un écrit préconstitué est obligatoire lorsque l'acte représente une valeur supérieure à 1500 euros. En pareil cas la preuve contraire ne peut être établie que par une preuve également écrite contre le contenu de l'acte (erreur de l'acte) ou outre le contenu de l'acte (omission dans l'acte). Il y a quelques exceptions : entre commerçants ou vis-à-vis d'un commerçant, la preuve est libre. Les commerçants agissant contre un non commerçant ne peuvent pas agir avec des preuves issues d'eux-mêmes. Dès lors qu'un acte met en jeu une somme égale ou supérieur à 1500, l'acte ne peut être prouvé que par un écrit préconstitué; Les dispositions de **l'Article 1341 du Code Civil** ne sont pas d'ordre public (norme impérative). Les parties peuvent décider dans un écrit que la preuve peut se faire par tout moyen (on détermine le mode de preuve par un contrat). La règle de **l'article 1341** peut être écartée par une mention écrite d'un contrat privé. Un tiers à l'acte juridique (non engagé dans le contrat, mais qui peut être opposable dans le contrat) n'a pas à respecter **l'article 1341**, car le contrat (acte juridique) constitue un fait juridique pour les tiers, fait qui pourra être prouvé et contesté par tout moyen. De la même manière, la fraude réalisée au moyen d'un acte juridique est un fait qui peut être prouvé par tout moyen.

L'exception résultant de **l'article 1347-alinéa 3 du Code Civil** sur l'hypothèse d'un commencement de preuve par écrit est que le commencement de preuve par écrit pourra être complété par tout moyen, même s'il n'a pas été rédigé dans le but de constituer une preuve. Pour servir de commencement de preuve par écrit, il faut qu'il émane du défendeur et rende vraisemblable le fait allégué, ce qui est laissé à l'appréciation des juges du fond. Cela peut un écrit préconstitué qu'on a oublié de signer par exemple. Il faut que le défendeur soit l'auteur du document et que l'écrit rende vraisemblable le fait allégué (soumis à l'appréciation souveraine des juges du fond).

### 2<sup>ème</sup> exception

**Article 1348 du Code Civil** : hypothèse où il y a perte de l'écrit ou il y peut y avoir parfois impossibilité matérielle ou morale de produire un écrit, résultant d'un vol, ou de relations familiales (lien affectif ou d'autorité qui empêche de se faire donner une attestation de créance), professionnelles. C'est une notion relative laissée à l'appréciation des juges du fond. À condition que la perte ne résulte pas de la négligence d'une partie.

Impossibilité morale lorsqu'on est lié à son propre contractant et qu'on n'a pas à demander une reconnaissance de dette. Cela peut résulter aussi des relations d'affections qui unissent les personnes, relations familiales. La notion même d'impossibilité morale ou matérielle est une notion de pur fait qui est laissé à l'appréciation des juges du fonds

### 3<sup>ème</sup> exception

**Article 1341 du Code Civil**. Cette règle n'est pas d'ordre public, il en résulte que les parties dans le contrat qu'elles passent peuvent prévoir de l'écartier. D'autre part, il y a des règles spéciales, des matières spéciales où l'article 1341 du code civil n'est pas applicable c'est le cas en matière pénale et commerciale. Il résulte de **l'article 110 -3 du code de commerce** que à l'égard (= contre) des commerçants les actes de commerce peuvent se prouver par tous moyens. Mais quand l'acte est mixte entre commerçant et non-commerçant, ce dernier pourra prouver librement alors que pour le commerçant devra fournir une preuve littérale



# Les précis de la Corpo



46

L1 Droit – Equipe 3 – Premier semestre

## Les principes correcteurs dans la réalisation du droit

### L'abus de droit

L'abus de droit a suscité des réflexions doctrinales qui ont opposé plusieurs auteurs : Planiol conteste l'existence même de l'abus de droit « *le droit cesse là où l'abus commence* ». Selon lui, un seul et même acte ne peut être à la fois l'exercice et le contraire d'un droit. Ainsi ce n'est pas l'abus de droit que l'on sanctionne mais un acte fautif accompli hors des limites du droit. Georges Ripert réfute l'argumentation de Planiol, explique l'abus de droit en se plaçant sur le terrain de la faute morale. Il part du principe que l'exercice d'un droit porte nuisance à autrui, la morale réprouve la malveillance. Une personne peut être dans son droit tout en étant condamnable lorsqu'elle exerce son droit dans l'unique but de nuire à autrui. Pour Louis Josren, les droits subjectifs tels qu'ils sont reconnus par le droit objectif ont une finalité sociale. Ce sont des droits fonctions qui ne doivent pas être exercés de manière égoïste mais conformément à leur finalité sociale.

La jurisprudence considère que tant que l'on n'a pas franchi les limites légales, il n'y a pas d'abus de droit. Le recours à l'abus de droit n'est cependant pas par principe impossible. Pendant longtemps, il a été envisagé de pouvoir faire la distinction, parmi les droits subjectifs, entre les droits susceptibles d'abus et les droits discrétionnaires qui ne seraient pas limités dans leur exercice.

Aujourd'hui la notion de droit discrétionnaire est contestée et son contenu a changé. Il n'existe désormais plus de droit discrétionnaire. En revanche, il existe toujours des droits qui peuvent être exercés sans que l'intéressé n'ait à se justifier. Les critères de l'abus se rattachent dans la majorité des cas à la responsabilité civile qui suppose une faute, un préjudice, un lien de causalité.

Il arrive de manière exceptionnelle que la jurisprudence s'éloigne de la faute en sanctionnant uniquement l'exercice déraisonnable d'un droit. Très souvent c'est la finalité du droit qui est prise en considération.

### L'apparence

La théorie de l'apparence se retrouve dans toutes les branches du droit. L'erreur commise par une personne trompée par les apparences peut être créatrice de droit. La confiance erronée peut également être créatrice de droit. L'**article 1240 du Code Civil** déclare valable le paiement fait à une personne qui est en possession de la créance et qui se comporte comme si elle était le créancier.

Il n'est pas indispensable qu'une faute ait été commise par celui qui a créé l'apparence trompeuse. En revanche, il est toujours indispensable qu'il y ait d'abord une bonne foi de la part de la personne qui a été trompée. Toute erreur provoquée par l'apparence n'est pas créatrice de droit.

Il y a deux conceptions possibles :

- Apparence créatrice de droit lorsque l'erreur provoquée par cette apparence est une erreur commune.
- Apparence créatrice de droit lorsque l'erreur paraît légitime.



# Les précis de la Corpo



L1 Droit – Equipe 3 – Premier semestre

47

## La fraude

La notion de fraude est omniprésente dans l'ensemble des branches du droit, c'est une tendance naturelle de la part des individus que de se soustraire à certaines obligations en contournant des règles de droit applicables. La notion de fraude se distingue de la violation pure et simple de la loi.

La définition de la fraude datant de 1957 a très largement été adoptée par la doctrine : « il y a fraude chaque fois que le sujet de droit parvient à se soustraire à l'exécution d'une règle obligatoire par l'emploi à dessein d'un moyen efficace qui rend ce résultat apparemment inattaquable sur le terrain du droit positif. »

Le fraudeur contourne la règle en utilisant une autre règle. Un critère important va être recherché par le juge : le critère intentionnel. La fraude à la loi suppose une intention frauduleuse ainsi que l'utilisation de moyens frauduleux. Ces moyens peuvent être divers (matériel, contrat fictif etc.). Les sanctions sont également diverses, le but de la sanction civile étant de toujours priver la fraude de toute efficacité.